

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Théorie générale de la faute

Thunis, Xavier

Published in:

Responsabilités. Traité théorique et pratique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2001, Théorie générale de la faute: volume 1. Dans *Responsabilités. Traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles, p. 1-33.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Liminaires

1. Des trois conditions de la responsabilité civile, la faute est sans doute celle qui a connu l'évolution la plus spectaculaire et la plus profonde¹. On pourrait, en simplifiant, ramener cette évolution à un mouvement en deux temps, qui se superposent partiellement.

Premier temps: la transformation du droit de la responsabilité en droit de la réparation² étire progressivement le concept de faute juridique. Pour des raisons d'indemnisation des victimes, la faute en vient à englober des peccadilles, des actes ou des omissions moralement irréprochables (erreurs infimes, distractions humainement inévitables, *etc.*) mais préjudiciables à autrui. Des 'poussières' de fautes a-t-on écrit. Hypertrophiée, la faute subit une mutation, une dénaturation qui en consacre l'autonomie par rapport à la morale sociale et à la morale tout court. Le bon père de famille et le bon professionnel, auxquels le droit de la responsabilité civile fait si souvent référence, acceptent mal cette dissociation du droit et de la morale³. Pour le corps social et pour une partie de la communauté juridique, la responsabilité civile reste associée à la faute⁴ et la faute à la culpabilité⁵. Comment peut-on être responsable sans être coupable?

Dans un univers sécularisé, la doctrine contemporaine n'ose plus définir la faute comme un péché juridique. Ceci n'empêche pas certains auteurs de plaider vigoureusement pour une remoralisation de la faute civile⁶. Quand le dommage causé n'est pas un dommage corporel, le droit ne devrait retenir, comme condition d'engagement de la responsabilité, que la faute caractérisée et non des maladresses insignifiantes qui n'ont de faute que le nom⁷.

Cette contre-offensive de la culpabilité, second temps de l'évolution, travaille le droit positif depuis longtemps déjà⁸. Le principe, en responsabilité civile, est qu'une faute simple oblige celui qui la commet à réparer le dommage causé. Il arrive toutefois que le législateur contemporain fasse de la gravité de la faute une condition d'engagement de la responsabilité. A titre d'exemple, on citera l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui limite la responsabilité du travailleur. Celui-ci ne répond vis-à-vis de l'employeur ou des tiers que de son dol, de sa faute lourde ou de sa faute légère ayant un caractère habituel⁹.

D'autre part, au sein des responsabilités objectives qui se multiplient en droit positif, la faute continue d'exercer une fonction régulatrice. Elle peut intervenir, avec un contenu moral retrouvé, pour sanctionner un comportement inacceptable

1. Comp., dans le présent ouvrage, Dossier 1, n^{os} 30 et s. où le Professeur FAGNART, aux trois conditions habituellement citées – dommage, fait générateur et lien causal – ajoute l'imputabilité et le caractère personnel du dommage.

2. J.-L. FAGNART, 'Recherches sur le droit de la réparation', in *Mélanges R.-O. DALCQ*, Bruxelles, Larcier 1994, pp. 135 et s. Voir aussi Livre 1bis, n^{os} 26 et s.

3. On a évoqué, à ce propos, la rancœur des médecins déclarés juridiquement responsables en raison d'une faute professionnelle appréciée *in abstracto* alors que leur conduite n'a pas été blâmable au regard des règles sociales ou morales. J.-L. FAGNART, 'Vers une proposition de directive spécifique sur la responsabilité du prestataire dans le secteur des soins de santé', in *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Academia-Bruylant, 1992, pp. 101 et s.

4. Voir la synthèse de L. BACH, 'Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français', *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, pp. 22 et s. Il ressort de cette synthèse que certains auteurs et non des moindres réservent le terme de responsabilité à l'obligation de réparer découlant du seul fait fautif.

5. P. ESMEIN, 'La faute et sa place dans la responsabilité civile', *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481.

6. Voir notamment Ph. LE TOURNEAU, 'La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin', *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 505.

7. Pour plus de détails, cf. Livre 1bis n^{os} 32 et s.

8. Dès 1965, elle avait été mise en évidence par Mademoiselle VINEY dans une thèse prémonitoire, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 210 et s.

9. Sur l'ensemble de la question, J. VAN DROOGENBROECK et B. INGHELS, 'La faute du travailleur dans la loi sur les contrats de travail', in *La faute dans différentes branches du droit*, Barreau de Nivelles, UCL, 1999, pp. 243 et s.

et priver celui qui l'adopte du régime instauré en sa faveur. Ainsi, en matière d'accidents nucléaires, le bénéfice d'une responsabilité plafonnée est refusé à l'exploitant qui a commis un manquement particulièrement grave¹.

Dans le domaine des produits défectueux, la responsabilité du producteur peut être limitée ou écartée lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut et par la faute de la victime (L. 25 févr. 1991, art. 10, § 2). On remarquera que le texte se contente d'une faute simple de la victime alors même que le défaut du produit aurait pu porter atteinte à l'intégrité corporelle de celle-ci².

2. Le tableau brossé reste volontairement sommaire. L'évolution n'est pas univoque, comme le montre l'étude des sanctions contractuelles où le concept de responsabilité (et de faute) a été récemment contesté³. On peut toutefois avancer de façon générale que le droit positif est tiraillé entre deux conceptions antinomiques de la faute. Selon une première conception, la faute dégagée de toute connotation morale voire psychologique se réduit à une transgression quasi matérielle. Elle est pratiquement construite à partir du dommage qu'il s'agit d'indemniser. Dans la seconde conception, c'est une faute qualifiée, grave, lourde, inexcusable ou répétée qu'il s'agit de sanctionner et même de punir⁴.

Cette dispersion des significations rend difficile l'élaboration d'une théorie générale de la faute, sauf à admettre que celle-ci se réduit à la recherche d'un dénominateur commun à la définition de toutes les fautes, quelles que soient leur qualification et leur domaine d'application. C'est peu mais jouons le jeu.

3. L'étude de la faute illustre une sorte de loi épistémologique : plus un concept est fondamental, moins il est définissable. Il faut cependant essayer de dessiner les contours de ce dont on parle, sans prétendre le figer d'emblée dans une conceptualisation rigide. La faute peut être envisagée selon la place qu'elle occupe et le rôle qu'elle joue dans le Code civil et dans le droit de la responsabilité civile (chapitre I). Le Code civil ne définissant pas la faute, la jurisprudence et surtout la doctrine en ont défendu différentes conceptions qu'il s'agit d'exposer et de confronter (chapitre II). Enfin, un concept peut se définir à la lumière de cas limites qui en soulignent ou en déplacent les frontières. L'abus de droit, aux limites de la faute, contribue à sa définition (chapitre III).

La définition de la faute déborde largement ce volume initial qui lui est formellement consacré. Tout au long de cette contribution, la faute va progressivement se définir, à travers l'analyse de ses éléments constitutifs⁵ et des critères jurisprudentiels adoptés pour en apprécier l'existence⁶.

Comme l'écrit BERGSON⁷, avec autant de pertinence que d'élégance, 'Il est inutile et il serait d'ailleurs le plus souvent impossible [au philosophe] de commencer par définir – comme certains le lui demandent – la nouvelle signification qu'il attribuera à un terme usuel, car toute son étude, tous les développements qu'il va nous présenter auront pour objet d'analyser ou de reconstituer avec exactitude et précision la chose que ce terme désigne vaguement aux yeux du sens commun; et la définition, en pareille matière, ne peut être que cette analyse ou cette synthèse; elle ne tiendrait pas dans une formule simple'. Cet avertissement s'applique parfaitement à la doctrine juridique. Il y a lieu de s'en souvenir au seuil de ce volume consacré à définir la faute.

1. Sur la responsabilité en matière nucléaire, voir Dossier 32, n° 39. Sur l'ensemble de la question, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 80 et s.

2. Pour plus de détails, voir Livre 33.

3. Ph. REMY, 'La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept', *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 et s.

4. Tel est le thème central de l'ouvrage de S. CARVAL, précité.

5. *Infra*, vol. 2.

6. *Infra*, vol. 3. Une bibliographie sélective concernant la faute figure en fin de vol. 3.

7. 'Comment doivent écrire les philosophes?', in *Philosophie* n° 54, éd. de Minuit, juin 1997, p. 7.

Chapitre 1. Place et rôle de la faute: première approche

SECTION 1. LA FAUTE DANS LE CODE CIVIL

4. 'Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige ...' proclame l'article 1382 du Code civil. Séduisante par sa généralité, la formule est trompeuse et elle est rapidement corrigée. L'article 1382 lui-même précise que l'obligation de réparer concerne les dommages causés non pas par un fait quelconque de l'homme mais par son fait fautif. L'article 1382 du Code civil ne définit pas la faute mais il en souligne la nécessité. L'article 1383 ajoute qu'une négligence ou une imprudence peut aussi engager la responsabilité civile.

Les textes sont concis mais révélateurs. Pour les rédacteurs du Code civil, il n'y a en principe pas de responsabilité sans faute. Une faute même légère (*tout fait quelconque*) suffit à engager la responsabilité civile de celui qui la commet. La faute englobe aussi bien les actes positifs (faute par commission) que les abstentions (faute par omission).

5. Cette sobriété surprenante livre des indications sur la philosophie juridique des rédacteurs du Code civil¹. Il s'agit de fonder un principe général de responsabilité civile sur un concept unitaire, susceptible d'appréhender la diversité des comportements moralement répréhensibles qui portent préjudice à autrui².

Le Code civil se distingue par là des droits de common law. Les tribunaux anglais et américains, par une méthode casuistique fondée sur la règle du précédent, ont progressivement dégagé des *torts* particuliers (*torts* de diffamation écrite (*libel*) et orale (*slander*), *tort* d'imprudence (*negligence*), etc.), en dehors desquels il n'existe en principe pas d'obligation de réparer. Mais sous la différence se cache une similitude: parmi ces *torts*, le *tort* de négligence, sanctionnant la violation d'un devoir de soins (*duty of care*), a pris une place prépondérante et a fait l'objet de généralisations successives qui le rapprochent fort du délit visé par l'article 1382 du Code civil³.

Dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*⁴, Madame Donoghue est prise d'un malaise gastrique, après avoir vu flotter dans son verre de ginger beer les restes d'un escargot décomposé. La question posée à la House of Lords est de savoir si, en l'absence de toute relation contractuelle (le ginger beer avait été servi par le tenancier d'un café mis hors cause), le fabricant du ginger beer est tenu d'un devoir de soins envers le consommateur final. Dans des réflexions restées célèbres, Lord Atkin, après avoir souligné l'absence de définition générale du devoir de soins en jurisprudence anglaise, tente de préciser à qui est dû ce devoir de soins.

'It is remarkable how difficult it is to find in the English authorities statements of general application defining the relations between parties that give rise to the duty. The Courts are concerned with the particular relations which come before them in actual litigation, and it is sufficient to say whether the duty exists in those circumstances.'

1. Pour un exposé complet, J.-L. FAGNART, Livre *Ibis*, n^{os} 12 et s. citant des extraits des travaux préparatoires du Code civil. On en trouvera aussi un commentaire confrontant faute civile et faute pénale dans Chr. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, 'Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée', *Ann. Droit* (Louvain), 1995, pp. 149 et s.

2. La conception moralisante des rédacteurs du Code civil a, comme on sait, été démentie par l'évolution ultérieure du droit positif.

3. Voir sur ce point les réflexions nuancées de B. HANOTIAU, 'Torts et responsabilité civile', *Ann. Droit* (Louvain), 1980, pp. 7 et s.

4. *Donoghue v Stevenson*, (1932), A.C. 562, House of Lords, Scotland.

(...)

At present I content myself with pointing out that in English Law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly related affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question'.

Ce raisonnement remarquable est le fait d'un juriste anglais qui se prétend par ailleurs allergique à la conceptualisation!¹ La violation (*breach*) du devoir de soins engage celui qui la commet à l'égard des voisins (*neighbours*). Lord Atkin énonce, à sa façon, la théorie de la relativité aquilienne selon laquelle la réparation ne bénéficie qu'aux personnes que la règle ou le devoir violé vise à protéger et porte sur les dommages contre lesquels la règle entend prémunir les victimes. Cette théorie est consacrée par des décisions importantes en Angleterre et aux États-Unis². Elle trouve un appui législatif en droit hollandais dans l'article 163 du Code civil (Livre 6) et en droit allemand dans le § 823, alinéa 2 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.)³. Pas plus que le droit anglais, le droit allemand ne connaît de disposition générale comparable à l'article 1382 du Code civil. Le B.G.B. limite la responsabilité à des hypothèses bien déterminées (§ 823, al. 1).

La théorie de la relativité aquilienne n'est pas admise en droit belge et français, bien qu'elle soit défendue par certains auteurs⁴. La rédaction générale de l'article 1382 du Code civil s'y oppose. Sans aucune restriction, il protège 'autrui', tous les tiers victimes de la faute, pour autant qu'existe un lien causal entre celle-ci et le dommage qui en résulte. Toutefois, dans certaines hypothèses telles que la violation d'une norme professionnelle, la responsabilité civile de l'auteur de la violation ne peut être engagée par les tiers que si ceux-ci parviennent à prouver que la norme violée ne vise pas uniquement à protéger les intérêts d'une profession déterminée. Ceci implique la détermination des destinataires de la protection prévue par la norme⁵.

Sur le plan pratique, une conception 'relative' de la faute implique la détermination *a priori* des personnes protégées et des dommages couverts. Elle engendre pas mal d'incertitudes.

6. En consacrant, sans la définir, une notion unitaire de la faute, les rédacteurs du Code civil avaient aussi l'intention de rompre avec la hiérarchie des fautes ('théorie des trois fautes') et avec une casuistique héritée de l'Ancien droit⁶. 'Tout

1. Pour un exposé succinct des différentes interprétations données à *Donoghue v. Stevenson* par les juristes anglais, *Tort Law, Scope of Protection*, W. VAN GERVEN (éd.), Common Law of Europe Casebooks, Oxford, Hart Publishing 1998, pp. 22 et s.

2. Cf. notamment *Palsgraf v Long Island R. Co.*, 1928, 248, N.Y. 339, 162 N.E. 99.

3. D. PHILIPPE, 'La théorie de la relativité aquilienne', in *Mélanges R.-O. DALCQ*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 468 et s.

4. Voir en droit français M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 279 et s. et la référence à une note de M. PLANIOL (parue au D. 1896, 81) qui était lui-même influencé par le droit allemand.

5. B. DUBUISSON, 'Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile', in *La faute dans différents branches du droit, o.c.*, pp. 29 et s. En matière bancaire, les conventions multilatérales entre banquiers finissent par quitter le terrain contractuel pour construire une norme générale de bon comportement professionnel dont la violation peut constituer une faute. Voir à ce sujet, X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Presses Universitaires de Namur, 1996, pp. 176 et s.

6. Pour un aperçu historique sur la théorie des trois fautes, G. VINEY et P. JOURDAIN, 'La responsabilité: conditions', in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1998, n°s 595 et s.

fait quelconque ...' indique l'article 1382 du Code civil. Toute faute suffit en principe à engager la responsabilité de celui qui la commet¹.

L'évolution du droit positif a, dans une certaine mesure, déjoué les intentions des rédacteurs du Code. La jurisprudence a, surtout dans le domaine des responsabilités professionnelles, parfois renoué avec la hiérarchie des fautes en qualifiant, bien inutilement, telle ou telle faute de faute lourde. Il faut reconnaître que le Code civil favorise, dans certains cas, une approche casuistique des choses. En matière contractuelle par exemple, il attache des effets spécifiques au dol, ce qui oblige, au moins en droit belge, à le distinguer de la faute lourde (C. civ., art. 1150 et 1151).

Enfin, le législateur contemporain confère parfois une immunité civile à certaines catégories d'agents, tels que les travailleurs (L. 3 juill. 1978, art. 18) en restreignant leur responsabilité civile à des hypothèses de faute qualifiée, présentant un certain degré de gravité. La formule générale de l'article 1382 du Code civil reste valable mais elle doit être nuancée.

SECTION 2. LA FAUTE DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

7. La faute continue à occuper une place essentielle en droit belge. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'exercice d'une activité de nature à causer un dommage n'est pas en soi fautif et que la seule existence d'un dommage ne permet pas d'inférer l'existence d'une faute². La responsabilité civile est un correctif au principe selon lequel la charge des dommages est supportée, en première ligne, par ceux qui les subissent³. La responsabilité pour faute est une des manières dont une société déterminée répartit le poids des dommages résultant des relations, des 'frictions', pourrait-on dire, entre ses membres⁴. Cette précision permet de relier des solutions à première vue disparates. Au niveau microjuridique, le conducteur d'une voiture, emboutie par l'arrière dans un accident en chaîne, doit, s'il ne peut prouver la faute d'un des conducteurs subséquents, prendre à sa charge le dommage causé à son véhicule, même s'il n'est pas fautif. Plus généralement, la liberté d'entreprendre, de produire et d'échanger, qui insufflé son dynamisme à l'économie de marché, s'exprime aussi par une certaine liberté de nuire aux concurrents, dans les limites définies par les usages honnêtes et loyaux en matière commerciale, c'est-à-dire par la faute⁵.

La faute, de plus en plus largement interprétée, a toutefois ses limites comme le montre la théorie des troubles de voisinage. Après avoir, dans un premier temps, cherché à sanctionner l'auteur des troubles anormaux par le biais de la faute, la jurisprudence belge, telle qu'elle a été fixée par deux arrêts célèbres de la Cour de

1. Le principe est général et s'applique aussi à la responsabilité des pouvoirs publics. Voir dossier 21 et la discussion aux n^{os} 21 et s. concernant la limitation de la responsabilité personnelle des agents de l'administration à la faute lourde et au dol.

2. Cass., 3 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, 972; Cass., 4 oct. 1973, *Pas.*, 1974, I, 124; Cass., 4 févr. 1994, *Pas.*, 1994, I, 149. En doctrine belge, cf. not. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 278 refusant avec vigueur l'idée qu'un acte puisse être répréhensible parce qu'il est dommageable.

3. Ce point essentiel est parfois perdu de vue avec la multiplication des responsables de tous ordres. Il est mis en évidence par F. GENY, 'Risques et responsabilité', *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, pp. 816 et s.

4. Dans son *Traité* (t. II, 3^e éd., n^o 930), H. DE PAGE écrit de façon frappante: 'Envisagé aussi objectivement que possible, le problème de la responsabilité civile n'est qu'un problème de répartition des pertes'. Le problème est posé en des termes que ne désavoueraient pas les tenants de l'analyse économique du droit. Cela étant, pour le juriste, la question cruciale est précisément de trouver un ou des critères de répartition qui soient éthiquement justes, économiquement efficaces et socialement acceptables.

5. Ce point de vue paraît contesté par L. CORNELIS (*Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, Bruylant, Maklu, 1991, pp. 78 et s.) pour qui, semble-t-il, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ne constitue pas nécessairement une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

cassation en date du 6 avril 1960¹, a finalement consacré une certaine liberté de nuire² au profit de ceux qui entreprennent ou développent sans faute une activité préjudiciable à leurs voisins. Ces derniers, victimes d'un trouble excessif, pourront obtenir non pas réparation du dommage subi mais compensation destinée à rétablir l'équilibre rompu par l'activité licite dommageable³.

8. La multiplication des responsabilités objectives de toutes natures⁴ par voie jurisprudentielle et législative invite à se demander si notre système actuel de responsabilité civile est encore dans l'ensemble fondé sur la faute⁵. Celle-ci ne devient-elle pas un principe de responsabilité subsidiaire⁶ ou une survivance⁷? L'interrogation est d'autant plus légitime que des domaines de pratique quotidienne échappent maintenant à la faute. La loi du 25 février 1991 instaure une responsabilité sans faute pour la mise en circulation de produits défectueux⁸. Depuis la loi du 13 avril 1995, un système d'indemnisation automatique s'applique aux dommages corporels encourus par la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule automoteur⁹.

Ce n'est pas pour autant la fin de la faute¹⁰. Elle reste, jusque dans les discussions qui la mettent en cause, une catégorie mentale structurant notre univers moral, politique et donc juridique. Ainsi, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 introduisant l'article 29bis dans la loi sur l'assurance automobile obligatoire que l'accent a été mis délibérément sur l'indemnisation des victimes de dommages corporels par les assureurs et non sur l'instauration d'une responsabilité sans faute à charge du conducteur. L'opinion publique aurait trouvé injuste que le conducteur d'un véhicule soit responsable de dommages sans faute de sa part¹¹. Ne peut-on pas soutenir que la loi nouvelle soustrait l'indemnisation des dommages corporels non seulement au régime de la faute prouvée mais à la responsabilité civile elle-même¹²? Le recul de la faute pourrait bien s'identifier à celui de la responsabilité civile: deux des éléments traditionnels de celle-ci, la faute et le lien causal, sont écartés pour faire place à un système d'indemnisation automatique par l'assureur du conducteur en

1. *Pas.*, 1960, I, 915 et s. et les conclusions de l'avocat général MAHAUX; *R.C.J.B.*, 1960, pp. 257 et s., note J. DABIN.

2. Nous préférons l'expression 'liberté de nuire' à l'expression 'droit de nuire'. *Contra*, après une discussion approfondie dans laquelle nous ne pouvons pas entrer ici, J. KARILA DE VAN, 'Le droit de nuire', *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, pp. 533 et s.

3. Même si elle est considérée avec quelque méfiance par les juristes, l'équité est souvent proposée comme le véritable fondement du rééquilibrage imposé par la théorie des troubles du voisinage. Nettement en ce sens, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 944 et s. et les nombreuses références citées. Comp. l'analyse critique des différents fondements de la théorie et notamment de l'équité par S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder*, collection *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, Anvers, Story-Scientia, 2000, pp. 138 et s.

4. Le concept de responsabilité objective n'est pas homogène. Il recouvre une série de théories et de techniques qu'il importe de distinguer. Cf. J.-L. FAGNART, Livre 1bis n°s 26 et s. *Addé* H. BOCKEN, 'Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht', *T.P.R.*, 1984, pp. 329 et s.

5. La question a été posée à la Cour d'arbitrage dans une affaire relative à l'imputation des coûts d'assainissement d'un sol pollué, à propos d'une disposition décréte de la Région flamande dont il était prétendu qu'elle instaurait une responsabilité objective dérogeant au régime de responsabilité du Code civil. Cour d'arbitrage, arrêt n° 58/94, du 14 juillet 1994, *Amén.*, 1994/4, pp. 262 et s., obs. X. THUNIS.

6. Selon l'expression de P. JOURDAIN, 'Droit à réparation', Fasc. 120-1, *Éditions du Juris-Classeur*, 1995, n° 3.

7. J.-L. FAGNART, 'Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles' in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1983, pp. 11 et s.

8. Voir Livre 33.

9. Pour une discussion du fondement de l'article 29bis, J.-L. FAGNART, Livre 1bis, n° 49. Pour une étude d'ensemble, H. DE RODE, 'L'assurance de la responsabilité civile automobile', Livre 72, n°s 62 et s.

10. Sur ce thème, cf. le numéro 5 de la Revue *Droits*, P.U.F., 1987, intitulé *Fin de la faute?*.

11. Voir les passages cités par J.-L. FAGNART, Livre 1bis, n° 49.

12. La question est controversée. Pour une discussion, B. DUBUISSON, 'Cinq années d'application de la loi sur l'indemnisation des usagers faibles de la route. Questions diverses', *Recyclage en droit*, FUSL et UCL, Bruxelles, févr. 2001, pp. 4 et s. Cet auteur, nuancé, considère que l'on reste globalement dans un système de responsabilité.

cas d'implication du véhicule automoteur dans un accident de la circulation entraînant des dommages corporels. Seule cette catégorie particulière de dommages est couverte, les autres types de dommages continuant à relever du droit commun de la responsabilité civile.

9. Une réflexion générale s'impose: le dommage corporel est progressivement soustrait à l'empire de la responsabilité civile pour faute.

L'atteinte à l'intégrité physique, qu'elle se produise lors d'un accident de la circulation (L. 21 nov. 1989, art. 29*bis*) ou d'un accident de la consommation (L. 25 févr. 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux), est sanctionnée soit par un système d'indemnisation automatique, soit par un régime de responsabilité sans faute.

La nature du dommage subi par la victime oriente le système de réparation adapté et le choix du fait générateur sur lequel il s'appuie. Il est vraisemblable qu'à court ou à moyen terme, la responsabilité médicale sera, elle aussi, soustraite au régime de la faute prouvée¹. Dans ce dernier exemple, la relation entre l'auteur et la victime du dommage est le plus souvent de nature contractuelle. La chose mérite d'être soulignée. Ce n'est pas la nature de la responsabilité, contractuelle ou extracontractuelle, qui est déterminante, mais bien la *nature* du dommage, corporel ou non, subi par la victime.

Dans sa théorie de la garantie soutenue en 1947², le professeur Starck avait brillamment anticipé l'évolution du droit positif. Selon cet auteur, toute personne possède un droit à la conservation de sa vie, de son corps, de ses biens ..., ce qu'il nomme un droit à la sécurité. Seule la lésion du droit à la sécurité corporelle ou matérielle établit l'illicéité du dommage et ouvre à la victime droit à réparation. En revanche, l'atteinte à des intérêts d'ordre économique ou moral n'entraîne responsabilité de son auteur que si sa faute peut être établie.

La thèse a été discutée³. Elle est animée d'une intuition étonnante que le droit de la responsabilité contemporain confirme, à notre avis, largement. La faute n'est plus le fondement principal de l'obligation d'indemniser dans le domaine de la réparation du dommage corporel et même matériel. En revanche, elle fait une percée significative dans d'autres domaines tels que les droits de la personnalité⁴, la concurrence déloyale ou l'abus de droit. La responsabilité civile y sanctionne souvent le comportement délibéré ou gravement négligent de l'auteur du dommage. Dans le domaine des médias, on voit même la responsabilité civile pour faute se substituer à la responsabilité pénale, parce que celle-ci n'est pas exploitée⁵.

10. La faute reste aussi très présente dans le domaine de la protection de l'environnement. La place précise qu'elle occupera est difficile à déterminer. Elle dépend de l'interprétation que l'on donne des grands principes qui sont en train de structurer le droit de l'environnement. Pour l'heure, le tableau est contrasté. Comme le droit de la responsabilité civile est travaillé par une logique indemnitaire, la responsabilité sans faute a été spontanément privilégiée comme instrument de protection de l'environnement. Elle est apparue comme un corollaire du

1. Voir, dans le présent ouvrage, le Livre 25. Pour un avant-goût en droit français, Paris, 15 janv. 1999, *J.T.*, 1999, pp. 790 et s., obs. R.-O. DALCQ.

2. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Rodstein, 1947, part. pp. 49 et s. Pour un résumé de la thèse, Livre 1*bis*, n° 27.

3. Voir entre autres M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 253 et s.

4. Comp., E. GULDIX et A. WYLLEMAN, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht', *T.P.R.*, 1999-4, pp. 1639 et s.

5. Voir les réflexions de F. JONGEN, 'Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels', in *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil* (B. DUBUISSON et P. JADOUL éd.), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 183 et s.

principe du pollueur-payeur¹. L'affirmation est discutable, le principe du pollueur-payeur n'impliquant pas, de façon déterministe, tel ou tel régime de responsabilité civile. D'aucuns soutiennent que le principe de précaution, fort invoqué ces derniers temps, pourrait conférer un regain de vitalité à la responsabilité pour faute². Mais le principe de précaution n'est pas d'abord une règle de responsabilité. Il intervient *ex ante*, en amont d'une décision soucieuse d'anticiper des risques dans un contexte d'incertitude³. En soi, il ne donne aucune indication décisive sur l'imputation des dommages qui doit s'opérer *ex post*.

À notre avis, le principe de précaution ne va pas remettre en cause ou discréditer les régimes de responsabilité sans faute au profit des régimes de responsabilité pour faute. Il peut en revanche conduire à un renforcement de l'obligation de prudence et de diligence dont la violation constitue une faute et à une appréciation plus stricte des causes de justification dont pourra se prévaloir l'auteur du dommage⁴.

11. 'L'aiguillon de la responsabilité pour faute [est] nécessaire dans toute société qui veut vivre' écrit M. CARBONNIER⁵. L'affirmation prend tout son relief si l'on considère l'intervention de plus en plus fréquente des juridictions constitutionnelles dans le domaine de la responsabilité civile.

En Belgique, la Cour d'arbitrage exerce une influence certaine sur le droit de la responsabilité civile par le biais du principe d'égalité⁶. L'arrêt du 18 décembre 1996⁷ en fournit une illustration convaincante. Un agent de police trop nerveux blesse accidentellement le locataire d'un immeuble, qu'il prend par méprise pour le voleur qu'il tente d'appréhender. L'agent fautif est condamné à une sanction pénale tout en bénéficiant de la suspension du prononcé. L'État belge voit sa responsabilité civile engagée *in solidum* avec son organe, qui agissait dans l'exercice de ses fonctions. Il indemnise la victime pour la faute de son organe et exerce une action récursoire contre celui-ci, sur la base des articles 1382, 1383 et 1251, 3^e du Code civil. L'agent de police, en tant qu'organe, subit donc le recours, en pratique assez peu habituel, de l'autorité publique pour une faute légère occasionnelle. S'il avait été un travailleur sous contrat d'emploi, ce recours n'aurait pas été possible, puisque l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 limite la responsabilité civile du travailleur, vis-à-vis de l'employeur et des tiers, aux dommages causés par son dol, sa faute lourde ou sa faute légère habituelle. L'agent de police critique cette différence de traitement que la Cour d'arbitrage estime injustifiée pour les motifs suivants : 'B.3. Il découle de ce qui précède qu'en ce qui concerne la responsabilité civile résultant d'une faute légère occasionnelle, le législateur a établi une différence de traitement entre les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics d'une part, et les travailleurs contractuels en général, d'autre part, puisque seuls les premiers sont exposés au risque

1. Pour une discussion des liens entre la responsabilité civile et le principe du pollueur-payeur, X. THUNIS et N. DE SADELEER, 'Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif?', *Amén.*, n° spécial 1995, pp. 9 et s.

2. En ce sens notamment, M. REMOND-GOULLAUD, 'Du risque à la faute', *Risques*, n° 11, juill.-sept. 1992, pp. 22 et s. Dans le même sens, G. MARTIN, 'Précaution et évolution du droit', *D.*, 1995, chron., pp. 304 et s.

3. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 1999, pp. 136 et s.

4. En ce sens, B. DUBUISSON, 'Regards croisés sur le principe de précaution', *Amén.*, 2000, n° spécial, pp. 17 et s. Pour un essai d'application au domaine médical, P. SARGOS, 'Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient', *J.C.P.*, éd. G, n° 19, mai 2000, pp. 843 et s.

5. *Droit civil*, t. 4. *Les obligations*, 20^e éd., PUF, 1996, p. 347.

6. Sur l'ensemble de la question, H. BOCKEN, 'Het aansprakelijkheidsrecht in de steigers', *T.P.R.*, 1999/2, pp. 567 et s.

7. C.A., 18 déc. 1996, n° 77/96, *M.B.*, 8 févr. 1997; *R.C.J.B.*, 1998, pp. 222 et s. note Ph. COENRAETS; J.-P. LACOMBLE, *Journ. Proc.*, 24 janv. 1997, p. 31; I. MOREAU-MARGRÈVE et A. GOSSELIN, 'Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile', *Act. dr.*, 1998, pp. 447 et s. (ces auteurs s'attachent à décrypter, avec rigueur, un arrêt qualifié 'd'oracle de la Pythie de Delphes'); P. LEWALLE, Dossier 21, n° 34.

d'une action récursoire de l'employeur visant au remboursement du dédommagement payé par celui-ci à des tiers. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique¹.

L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, qui établit une immunité de responsabilité au profit des travailleurs sous contrat d'emploi, est au cœur du problème. Cette immunité a été sévèrement critiquée¹. Ces critiques restent valables. Le souci de protection des intérêts des travailleurs est louable mais la solution législative retenue, totalement dérogoire au droit commun, fait bon marché de la protection des victimes².

Soulignons deux choses. D'une part, l'intervention de la Cour d'arbitrage par le biais du principe d'égalité conduit à une remise en cause, de plus en plus fréquente, de solutions qui paraissaient acquises en droit privé, notamment en droit de la responsabilité civile. D'autre part, l'inconstitutionnalité de la différence de traitement stigmatisée par la Cour place le législateur devant un choix. Soit il revient au droit commun en supprimant l'immunité de responsabilité civile dont bénéficient les travailleurs sous contrat d'emploi en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978. Soit il étend le bénéfice de l'immunité aux personnes qui travaillent dans des conditions de subordination comparables à celles d'un contrat d'emploi³.

Les termes mêmes de ce choix sont révélateurs des grandes orientations que peut prendre la responsabilité civile pour faute quand il s'agit de l'appliquer à ceux que leur fonction expose aux demandes en réparation des tiers. Un régime de faute simple est sévère pour le fautif même s'il est favorable aux tiers. Le législateur belge s'engage progressivement dans la seconde voie plus clémente pour les auteurs de dommages mais dérogoire au droit commun⁴.

12. Selon la jurisprudence belge, les dispositions des articles 1382 et suivants du Code civil ne sont ni d'ordre public ni impératives⁵, ce qui signifie que des exonérations et des limitations sont possibles.

La jurisprudence a toutefois mis des limites strictes à la validité des règlements⁶ ou des clauses modifiant la responsabilité⁷. Sous la poussée consumériste, le législateur belge a, dans la loi du 14 juillet 1991, considérablement réduit les possibilités d'exonération dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (*cf.* la liste des clauses interdites à l'art. 32 de la loi). Il est remarquable que l'article 32/22*bis* de la loi considère, de façon générale, que sont abusives les clauses qui ont pour objet 'd'exclure ou de limiter la responsabilité légale du vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci résultant d'un acte ou d'une omission de ce vendeur'. Le droit belge rejoindrait ici progressivement le droit français qui prohibe les clauses limitatives et *a fortiori* exonératoires lorsque le préjudice subi par la victime est

1. Voir en particulier R.-O. DALCQ, 'Le législateur contre le droit', *R.G.A.R.*, 1979, 10040.

2. Sur l'ensemble du débat, Ph. COENRAETS, *o.c.*, pp. 243 et s. Une solution juridiquement plus correcte, déjà proposée par le Professeur DALCQ dans son article (cité à la note précédente) aurait été d'imposer à l'employeur la souscription d'une assurance responsabilité civile professionnelle.

3. Bien que la qualité d'organe leur soit parfois 'généreusement' appliquée par la jurisprudence belge sur la base du critère de l'*imperium*.

4. *Cf.* les articles 47 et 48 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ainsi que les articles 91 et 92 de la loi du 20 mai 1994 relative au statut du personnel militaire. Pour un commentaire de ces dispositions, P. LEWALLE, Dossier 21, n° 12, n°s 24 et s., n°s 32 et s.

5. Voir la jurisprudence citée par J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 39, n°s 30 et s.

6. J.-L. FAGNART, *o.c.*, n° 31; B. JADOT et X. THUNIS, 'La responsabilité civile de la Région wallonne en matière de qualité des eaux de surface: à propos de l'article 19 du décret du 7 octobre 1985', *Amén.*, 1998/1, pp. 62 et s.

7. Sur l'ensemble de la question, voir E. MONTERO, Dossier 62.

corporel¹. Dans cette hypothèse, on peut se demander s'il est encore bien réaliste d'affirmer la validité de principe des clauses exonératoires. Indirectement, par la multiplication des restrictions légales et jurisprudentielles, les articles 1382 et suivants paraissent retrouver, au moins dans les relations de consommation, un caractère impératif ou même d'ordre public qui leur a été jusqu'ici curieusement dénié par la jurisprudence belge.

13. Au terme de cet exposé introductif, la place de la faute en droit positif pourrait être provisoirement résumée comme suit.

1. La faute n'est plus une condition nécessaire de la responsabilité civile, même si elle occupe toujours une place essentielle dans la responsabilité du fait personnel.
2. En principe, la faute simple (légère, voire la plus légère) suffit à engager la responsabilité du fait personnel, contractuelle ou extracontractuelle. Toutefois, une faute qualifiée est parfois requise par le législateur pour engager la responsabilité personnelle de certains auteurs de dommages. L'immunité civile relative dont ils bénéficient s'explique le plus souvent par la situation de faiblesse ou de subordination dans laquelle ils se trouvent.
3. Dans le même temps où il confère, à certains auteurs de dommages, une immunité civile assez large, le législateur belge multiplie, particulièrement dans les relations de consommation, les restrictions à la validité des clauses exonératoires et limitatives de responsabilité. Multiplication des immunités légales d'un côté, restrictions aux immunités conventionnelles d'autre part.

Voici donc un tableau contrasté dont la faute reste un élément central. Mais en quoi consiste-t-elle? Si elle est un aiguillon nécessaire dans toute société qui veut vivre, en quoi *doit-elle* consister? C'est à ces questions que sont consacrées les pages qui suivent.

1. La jurisprudence française reste toutefois difficile à interpréter. D. MAZEAUD, 'Les clauses limitatives de réparation', in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, pp. 168 et s.

Chapitre 2. Définition de la faute civile

SECTION 1. LE SILENCE DU CODE CIVIL

14. Le Code civil ne définit pas la faute. On peut y voir une marque de sagesse ou un aveu d'impuissance. Selon J. CARBONNIER, la loi considérerait, à raison, qu'il s'agit d'une notion évidente, '*donnée à tous les hommes*'¹. Ce point de vue est contestable. Une définition de la faute serait juridiquement utile mais elle est malaisée. En investissant pratiquement tous les domaines du droit², la faute est devenue protéiforme et insaisissable. En 1912 déjà, RIPERT n'hésitait pas à écrire: 'On ne peut même pas essayer de donner une définition de la faute'³.

S'il ne se risque pas à définir la faute, le Code civil la mentionne dans de nombreuses dispositions tant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle⁴. Il donne parfois quelques précisions sur son contenu: de l'article 1383 du Code civil, il ressort que la négligence et l'imprudence sont des fautes, des quasi-délits. Alors que l'article 1382 du Code civil paraît viser le délit ou le fait volontaire, l'article 1383 du Code civil vise l'hypothèse du quasi-délit, de la faute involontaire, négligence ou imprudence entraînant un dommage qui n'a été ni voulu ni prévu. La distinction entre délit et quasi-délit n'a d'autre importance que de souligner qu'une faute quelconque suffit à engager la responsabilité de son auteur. L'obligation de réparation qui incombe à celui-ci dépend de l'ampleur du dommage causé et non de l'intention plus ou moins malicieuse qui anime le fautif⁵.

L'abstention dommageable peut être fautive et obliger à réparation. L'abstention pure est rare. Elle s'insère souvent dans une action ou dans une série de comportements positifs dont elle ne peut être dissociée⁶. D'autre part, la loi impose de plus en plus fréquemment des obligations d'agir, dont la violation est fautive⁷.

15. En matière contractuelle, l'article 1137 du Code civil se réfère aux 'soins d'un bon père de famille' pour déterminer l'intensité de l'obligation qui pèse sur le conservateur de la chose. Dans le souci de concilier cette disposition avec le prescrit de l'article 1147 du Code civil, beaucoup plus rigoureux pour le débiteur

1. J. CARBONNIER, *o.c.*, t. IV, p. 374.

2. Voir *La faute dans différentes branches du droit*, Barreau de Nivelles, UCL, juin 1999.

3. *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1912, p. 196 cité par P. JOURDAIN, *o.c.*, n° 7.

4. Voir p. ex. art. 589, 1732, 1789 ou 1992 C. civ. D'autres dispositions sanctionnent la négligence (p. ex. C. civ., art. 1631 et 2080) ou font référence au bon père de famille (cf. p. ex. C. civ., art. 1137). Pour un inventaire plus complet, Ch. RADÉ, 'Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile', I. L'im-passe, *D.*, 1999, p. 314.

5. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 106 et s.; DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., pp. 873 et s. Les articles 1382 et 1383 du Code civil ont fait l'objet d'une interprétation très personnelle du procureur général LECLERCQ (*Pas.*, 1932, I, 200 et *Pas.*, 1937, I, 23). Pour une discussion, J. DABIN, 'Les thèses de Mr. Le Procureur général LECLERCQ en matière de responsabilité civile', *R.G.A.R.*, 1933, 1315.

6. J. CARBONNIER (*o.c.*, p. 376) donne l'exemple d'un entrepreneur qui omet de signaler une excavation sur un lieu de passage; *id.*, p. 393 et la référence à la responsabilité du fait du silence dans l'affaire Branly (Civ., 27 févr. 1951, *D.*, 1951, p. 329). Une bonne partie de la jurisprudence relative à la responsabilité de l'administration concerne des manquements par omission. Voir l'évolution retracée par P. LEWALLE, 'La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge – Antécédents et perspectives', in *L'administration face à ses juges*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 1987, pp. 9 et s.

7. Sur l'ensemble de la question, G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, p. 338, n° 456-1. En droit belge, l'article 422bis du Code pénal sanctionne celui qui s'abstient de prêter assistance à une personne en péril grave, pour autant que l'intervention puisse se faire sans danger sérieux pour l'intervenant. Pour plus de détails, J. DU JARDIN, 'La jurisprudence et l'abstention de porter secours', *R.D.P.*, 1983, pp. 955 et s.; H. VUYE, 'Schuldig hulpverzuim ...', in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Anvers, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 2001, pp. 431 et s.

de l'obligation, la doctrine s'est ralliée à une distinction proposée par DEMOGUE¹ entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Nous reviendrons sur l'intérêt et la portée de cette distinction (voir *infra*, vol. 2). À ce stade, relevons que l'explication proposée par DEMOGUE conduit à faire de la faute un pivot de la responsabilité contractuelle dont la structure se calque ainsi sur celle de la responsabilité extracontractuelle. En effet, la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de moyens repose sur la faute prouvée: outre l'inexécution de l'obligation, le créancier insatisfait doit démontrer que son débiteur n'a pas apporté à l'exécution de celle-ci tous les soins d'un bon père de famille. Le créancier d'une obligation de résultat peut se contenter de démontrer que l'engagement précis contracté par le débiteur n'a pas été exécuté. La faute de ce dernier est présumée à partir de la constatation que le résultat promis n'a pas été atteint.

La généralisation de la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat a donc favorisé un certain impérialisme de la faute dans le domaine contractuel². Cet impérialisme est vigoureusement contesté par une partie de la doctrine récente³. Mais un empire est toujours travaillé de l'intérieur par ses provinces. Le bon père de famille, ce standard de la responsabilité extracontractuelle qui détermine le niveau de prudence et de diligence à respecter dans la vie sociale lorsqu'aucun texte précis ne détermine la conduite à adopter par le défendeur, ce bon père de famille provient de l'article 1137 du Code civil. L'article 1382 du Code civil n'utilise pas l'expression.

La tentation est grande de poursuivre le mouvement et d'appliquer au domaine extracontractuel la distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat pour en faire une *summa divisio* du droit des obligations⁴. Dans le cas de l'obligation de moyens rebaptisée obligation générale de prudence et de diligence, la victime (ou le créancier) doit établir une imprudence ou une négligence du défendeur. Lorsque l'obligation est de résultat ou déterminée selon la terminologie adoptée par ces auteurs, il suffit à la victime (ou au créancier) de prouver que l'obligation légale ou contractuelle n'a pas été respectée. Ainsi qu'on le voit, les conséquences pratiques de la systématisation proposée sur la charge de la preuve sont importantes⁵.

16. En dehors du Code civil, l'article 29*bis*, alinéa 6 de la loi sur l'assurance automobile obligatoire, avant sa modification par la loi du 19 janvier 2001, définissait la faute inexcusable comme une 'faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il devrait avoir conscience'. Cette définition a été abrogée par la loi du 19 janvier 2001 qui prive la victime du bénéfice de l'indemnisation automatique en cas de faute intentionnelle de sa part. Ceci vise l'hypothèse où la victime, qui doit être âgée de plus de quatorze ans, a voulu l'accident *et* ses conséquences (art. 29*bis*, § 1^{er}, al. 5). Cette hypothèse très particulière s'insère dans un régime d'indemnisation dont on a souligné l'autonomie (voir *supra*, n° 8).

En l'absence d'indication légale ferme, force est de se tourner vers la jurisprudence et la doctrine. Qu'elle émane des juges du fond ou de la Cour de cassation, la jurisprudence belge, dont le détail apparaîtra dans le cours de l'exposé, n'a pas

1. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, ROUSSEAU, 1925, n° 1237.

2. Impérialisme très perceptible chez MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1. *Obligations*, Paris, Montchrestien, 1991, pp. 428 et s.

3. Voir la brillante démonstration de PH. REMY, *o.c.*, pp. 323 et s.; E. SAVAUX, ('La fin de la responsabilité contractuelle?', *R.T.D.civ.*, 1999, p. 1), plaide pour l'abandon du concept de responsabilité contractuelle, tout en lui octroyant un sursis, car on ne se défait pas si vite d'un siècle d'habitude de pensée.

4. En ce sens, MAZEAUD et CHABAS. *o.c.*, pp. 452 et s.

5. Pour une critique de cette façon de procéder qui aboutit à mettre au second plan l'exigence d'imputabilité quand la faute invoquée consiste en la violation d'une disposition légale précise, Ch. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, *o.c.*, pp. 170 et s.; J. DABIN et A. LAGASSE, 'Examen de jurisprudence (1951 à 1955). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle', *R.C.J.B.*, 1955, p. 222, n° 15. Voir aussi *infra*, vol. 2, chap. 2.

consacré *une* définition générale de la faute qui permettrait de distinguer d'emblée les comportements fautifs de ceux qui ne le sont pas. Privés de référent légal doté d'une signification juridique précise, les juges du fond se livrent à une casuistique que ne désavoueraient pas leurs collègues anglo-américains.

Prudente, la Cour de cassation belge n'utilise que très parcimonieusement de son pouvoir de contrôler la qualification juridique de la faute¹, ce qui laisse la place à d'importantes divergences dans la définition de celle-ci et la détermination de ses éléments constitutifs. Cette liberté donnée aux juges du fond est un facteur de souplesse en même temps qu'une source d'insécurité juridique². L'évolution qu'elle permet n'est pas toujours prévisible³. À la doctrine de scruter les variations jurisprudentielles, de les classer, de les hiérarchiser pour faire la part de l'éphémère et du fondamental, bref pour construire ce qu'elle estime être *la* jurisprudence en la matière⁴.

SECTION 2. LA FAUTE COMME CONSTRUCTION DOCTRINALE

17. Dans le silence du législateur, la doctrine a fait montre d'une créativité peut-être excessive et a proposé de multiples définitions de la faute. Nous en sélectionnons quelques-unes⁵ typiques par l'accent qu'elles mettent ou par le silence qu'elles gardent. Ceci permet de dégager les éléments qui nous paraissent pertinents pour notre propre essai de définition⁶.

À un niveau très général, la faute civile est un comportement humain anormal au sens littéral du terme, c'est-à-dire un acte ou une omission contraire à la norme juridique. Au-delà de la diversité des formules employées, les auteurs belges et, dans une moindre mesure, les auteurs français s'accordent pour dire que la faute comporte deux éléments essentiels, un élément objectif – la transgression d'une norme juridiquement obligatoire – et un élément subjectif baptisé, selon les cas, imputabilité ou même culpabilité. Le premier élément vise l'écart entre le comportement prescrit par la norme et le comportement adopté par l'auteur de l'acte. Comme c'est d'un comportement humain qu'il est question, il faut que cet écart émane d'un agent doté de conscience et de liberté, c'est-à-dire doté d'une certaine aptitude à comprendre la portée de ses actes et à s'en abstenir si ceux-ci sont contraires à la norme juridique⁷. Même à ce niveau de généralité, les discussions apparaissent, particulièrement dans la doctrine française (§ 1), plus tourmentée que la doctrine belge (§ 2).

1. P. LEGROS, 'Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne', *R.G.A.R.*, 1977, 9692, part. n^{os} 8 et s. En général, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, particulièrement pp. 222 et s. où l'auteur qualifie la faute de fait normatif.

2. La tierce complicité en fournit un exemple typique. Voir L. SIMONT, 'Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle', in *Mélanges offerts à Robert PIRSON*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 355 et s. L'auteur s'attache, de façon rigoureuse, à relativiser la portée des arrêts de la Cour sur lesquels la doctrine belge se fonde habituellement pour dégager les conditions de la responsabilité du tiers complice. Pour une discussion, J.-F. ROMAIN, *o.c.*, pp. 534 et s.

3. Pour une synthèse d'ensemble de l'évolution confrontant faute civile et faute pénale d'imprudence depuis le 19^e siècle, Ch. HENNAU-HUBLET et G. SCHAMPS, *o.c.*, pp. 150 et s.

4. Pour une tentative de ce genre, voir J.-F. ROMAIN, *o.c.*, p. 825. Cet auteur distingue, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, trois définitions de la faute: la faute en tant que lésion d'un intérêt légitime, la faute en tant qu'acte objectivement illicite et la faute appréciée au regard du standard de comportement du *bonus vir*. Selon l'auteur cette troisième définition serait la plus pertinente parce que la plus générale et la plus fondamentale.

5. Pour un inventaire des définitions de la faute, R.-O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., vol. I, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 164 et s.

6. Cet essai de définition se prolonge, rappelons-le, dans l'analyse des éléments constitutifs de la faute où ressortent les enjeux véritables des controverses doctrinales (voir *infra*, vol. 2).

7. Comp. la définition très générale proposée d'emblée par G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, pp. 320 et s. sous le titre 'illicéité et imputabilité'.

§ 1. La faute en doctrine française

18. En France, la définition la plus célèbre de la faute est sans doute celle de PLANIOL pour qui 'La faute est un manquement à une obligation préexistante'¹. L'auteur dresse ensuite un tableau des obligations dont la violation constitue une faute². Exercice périlleux car même si les législations contemporaines abondent en obligations de toutes sortes, toutes, loin s'en faut, ne sont pas prédéterminées, spécifiées par un texte.

La définition de PLANIOL n'est pas inexacte mais incomplète³. Elle continue d'exercer une influence certaine en doctrine française⁴. Elle a le mérite de ne pas identifier la faute au dommage, ce dommage consisterait-il en une atteinte à l'intégrité corporelle⁵.

Parmi les définitions récentes, la plus fréquemment citée est celle de M. MAZEAUD pour qui 'la faute est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances 'externes' que le défendeur'⁶. Cette définition ne contredit pas celle de PLANIOL mais elle l'élargit. L'erreur de conduite peut en effet englober aussi bien le manquement à une disposition spécifique que la faute d'imprudence⁷. Notons que la faute ainsi définie s'applique aussi bien, selon ces auteurs, à la matière extracontractuelle qu'à la matière contractuelle⁸, ce qui confirme le rôle fondamental et général qu'ils lui assignent dans la responsabilité civile.

Cette définition, généralement acceptée par la doctrine française contemporaine⁹, ne fait pas l'unanimité. Il est utile, sans entrer dans trop de détails, de résumer les controverses françaises, pour mettre en relief, par contraste, le point de vue de la doctrine belge (voir *infra*, n^{os} 21 et s.). La discussion porte tant sur la composante subjective que sur la composante objective de la faute.

19. Une première ligne de partage divise, en France, ceux pour qui la faute comporte nécessairement un élément subjectif qualifié de moral ou, plus modestement, de psychologique et ceux pour qui la faute se réduit pratiquement à la transgression d'un devoir juridique sans référence au discernement de l'auteur du dommage¹⁰. Dans cette seconde conception, la faute est dépouillée de tout élément psychologique et moral. Elle se fait objective¹¹, ce qui permet de juger fautif l'acte d'un dément ou du gardien d'un animal devenu soudainement furieux. Dans la même veine, on aboutit à comparer *in abstracto*¹² le comportement d'un enfant de cinq ans avec celui de l'homme normalement diligent et

1. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1905, n^o 863.

2. *Id.*, n^{os} 864 et s.

3. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 7^e éd., Paris, éd. A. Colin, 1997, pp. 62 et s.; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Cujas, 1992, p. 34.

4. Voir p. ex. P. JOURDAIN, *o.c.*, n^o 19 qui définit la faute comme la transgression d'un devoir préexistant tout en soulignant l'impossibilité de donner une liste exhaustive de devoirs précis et définis.

5. Cette confusion de la faute et du dommage est le principal reproche adressé à la théorie du Procureur général LECLERCQ. Voir Livre 1bis du présent ouvrage, n^o 26 et les références citées en note 1, en particulier, l'étude approfondie de J. DABIN, 'Les thèses de M. le Procureur général LECLERCQ en matière de responsabilité civile', *R.G.A.R.*, 1933, 1315.

6. D. MAZEAUD et F. CHABAS, *o.c.*, p. 455, n^o 453 et la note 1.

7. *Ibid.*, p. 455. Les auteurs paraissent un peu embarrassés par l'hypothèse de la faute intentionnelle car l'erreur de conduite vise surtout la négligence ou l'imprudence.

8. *Ibid.*, pp. 427 et s., pp. 454 et s.

9. P. JOURDAIN, *o.c.*, n^o 16 et la liste des auteurs adoptant une définition de la faute très proche de M. MAZEAUD.

10. Pour une synthèse de la controverse, G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, pp. 322 et s. et l'énumération des auteurs appartenant respectivement au 'camp' subjectiviste et au 'camp' objectiviste.

11. Pour plus de détails J.-L. FAGNART, Livre 1bis, pp. 23 et s. ainsi que pp. 40 et s. (à propos de la dénaturation de la notion de faute). Voir aussi la synthèse du droit français et du droit belge proposée par G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 808 et s.

12. Sur l'appréciation *in abstracto* qui évalue la conduite de l'agent par rapport à celle d'une personne placée dans les mêmes circonstances externes, voir *infra*, vol. 3.

prudent, tout en continuant à affirmer haut et fort le rôle moralisateur de la faute! Cette curieuse conception est, pour l'essentiel, celle défendue avec vigueur et constance par M. MAZEAUD¹. Bien qu'elle ait fait l'objet de vives critiques², elle a fini par s'imposer non seulement dans une grande partie de la doctrine française mais aussi dans la jurisprudence de la Cour de cassation française. Celle-ci, dans une série d'arrêts rendus en séance plénière, n'a pas exclu que la responsabilité de mineurs privés de discernement puisse être engagée pour faute³. Cette solution se satisfait de la seule preuve d'un acte illicite dans le chef du mineur concerné⁴. Elle s'explique partiellement par un contexte législatif propre au droit français. L'article 489.2 du Code civil français, introduit par la loi du 3 janvier 1968, oblige celui qui est sous l'emprise d'un trouble mental à réparer intégralement le dommage causé aux tiers⁵. Cette disposition, qui supprime la condition d'imputabilité pour les malades mentaux, appelait presque irrésistiblement la solution consacrée par la Cour de cassation française pour les mineurs privés de discernement.

Cette solution est compréhensible au regard de l'indemnisation des victimes. Mais pourquoi s'obstiner à baptiser faute un acte objectivement illicite? À quelle gymnastique intellectuelle doivent se livrer les meilleurs auteurs français pour tenter de démontrer, en jouant sur le concept d'imputabilité, que celle-ci n'est pas une condition de la faute, mais reste une condition de la responsabilité⁶.

20. Il n'est pas contesté, en doctrine française, que la faute comporte un élément objectif, transgression ou violation de la règle, ou encore écart de conduite par rapport à celle-ci⁷. Il est discuté, en revanche, que la notion d'illicéité, connue notamment dans les droits d'inspiration germanique, soit nécessaire à la définition de la faute en droit français⁸.

La notion d'illicéité est assez difficile à cerner. Elle est une atteinte à des intérêts protégés par l'ordre juridique. Il n'est pas toujours facile de distinguer si l'illicéité qualifie le comportement générateur du dommage ou le dommage lui-même résultant de ce comportement⁹. Dans le second cas, on court le risque de confondre la faute avec la lésion d'un droit. Celle-ci, par définition, s'identifierait au dommage illicite, ce qui rejaillirait sur le comportement de l'auteur frappé lui aussi d'illicéité¹⁰. Dans le premier cas, l'illicéité n'est rien d'autre que l'écart de conduite, le manquement par rapport à une norme de comportement juridique-ment obligatoire. Elle n'apporte rien de vraiment neuf.

1. Ceux-ci déclarent leur opposition résolue à la théorie du risque au motif qu'«établir une responsabilité automatique, c'est dégager la responsabilité de toute morale et de toute justice» (D. MAZEAUD et F. CHABAS, *o.c.*, p. 422) tout en prônant une appréciation tellement abstraite de la conduite de l'agent (*ibid.*, pp. 448 et s.) qu'on ne voit pas comment la faute pourrait encore avoir la moindre connotation morale.

2. Voir notamment P. ESMEIN, 'La faute et sa place dans la responsabilité civile', *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481 : 'Quand on vide les mots de leur sens usuel, on n'est pas compris et on n'est plus soi-même maître de sa pensée'.

3. Cass. fr. (ass. pl.), 9 mai 1984 (5 arrêts), *D.*, 1984, p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS.

4. H. MAZEAUD ('La "faute objective" et la responsabilité sans faute', *D.*, 1985, chr. 13) y voit le triomphe de l'appréciation *in abstracto*. Pour une analyse plus nuancée de la jurisprudence de la Cour, R. LEGEAIS, 'Le mineur et la responsabilité civile. À la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984' in *Écrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, pp. 253 et s.

5. G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, pp. 540 et s.

6. *Ibid.*, pp. 326 et s.

7. Pour une discussion terminologique, *ibid.*, pp. 321 et s.

8. J. LIMPENS, 'La faute et l'acte illicite en droit comparé', in *Mélanges J. DABIN*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. II, pp. 723 et s. distingue selon que l'illicite est considéré comme une condition supplémentaire pour l'existence de la responsabilité, ou un élément interprétatif cristallisant en quelque sorte ce que la notion de faute comporte de contraire à la loi.

9. M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 20 et s.

10. J. LIMPENS, *o.c.*, p. 732.

La doctrine française utilise parfois le concept d'illicite mais sans y attribuer autre chose qu'une vertu explicative¹. J. CARBONNIER est, à notre connaissance, un des rares auteurs à considérer l'illicite comme un élément constitutif de la faute, qu'il ajoute à l'élément matériel (la conduite de l'agent) et à l'élément psychologique (la volonté de l'agent) qui conditionne l'imputabilité de la faute à l'agent. Il inclut dans l'illicite l'élément de transgression caractéristique de la faute, qui peut être la violation d'une règle légale ou la violation d'une règle coutumière². C'est la faute dans ce qu'elle a d'injuste, de contraire au droit.

Au fond, l'opposition entre les auteurs français est surtout verbale. La notion d'illicite, déjà utilisée par PLANIOL dans sa célèbre définition de la faute, condense ce que la notion de faute comporte de contraire au droit.

§ 2. La faute en doctrine belge

21. La doctrine belge est moins tourmentée que la doctrine française. Des nuances apparaissent cependant, en fonction de la pondération que chaque auteur accorde à la composante subjective et à la composante objective de la faute.

La définition la plus souvent citée est celle de MM. DABIN et LAGASSE :

‘Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif ...), – édictant une obligation déterminée ou indéterminée –, soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs: loyauté, bien-séance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle ..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région’³.

Cette définition opère une synthèse à la fois sélective et amplifiante des éléments contenus dans les définitions de PLANIOL et de MAZEAUD. Elle présente plusieurs avantages. Sans être étroitement legaliste, elle est plus précise dans la détermination des normes de conduite dont la transgression peut constituer une faute. Elle adopte une conception large de la règle dont la transgression peut être fautive: règles émanant de sources formelles du droit mais aussi règles, plus fuyantes, de bon comportement dont la juridicité, parfois incertaine, est finalement consacrée ou rejetée par le juge pour trancher le cas qui lui est soumis⁴. Aussi prolixe soit-il en obligations diverses, le droit objectif ne saurait épuiser la diversité infinie des comportements fautifs possibles.

Exploitant la plasticité de la faute et l'ouverture des concepts de base qui la définissent, le juge peut donner des contours plus précis à ce qu'eût dû être, en l'espèce, le comportement adéquat, prudent et diligent⁵.

La définition de MM. DABIN et LAGASSE n'est, à cet égard, pas exempte d'un certain parti pris car elle semble supposer d'emblée juridiques les ‘règles de vie sociale, de morale, de convenances..’ alors que précisément l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage dépend de la réception par le juge de ce

1. Voir la discussion chez G. VINEY et P. JOURDAIN, *o.c.*, pp. 320 et s. Une partie significative de la doctrine française considère le concept d'illicite comme ambigu, inutile et dangereux. PH. MALAURIE et L. AYNES, *o.c.*, pp. 34 et s.) en font une critique assez virulente.

2. J. CARBONNIER, *o.c.*, pp. 381 et s., pp. 388 et s.

3. ‘Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (C. civ., art. 1382 et s.)’, *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

4. Le rôle du juge est appelé à prendre d'autant plus d'importance que se généralise le phénomène de la régulation douce (soft law) par les pouvoirs publics et plus encore celui de l'autorégulation par les pouvoirs privés. La nature exacte de la règle est elle-même en question. À ce sujet, F. OSMAN, ‘Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit’, *R.T.D. civ.*, 1995, pp. 509 et s.

5. R.-O. DALCQ, ‘Responsabilité quasi-délictuelle et normes techniques et professionnelles’, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 463 et s.

genre de règles¹. Par ailleurs, il n'est pas exact d'affirmer que la norme par rapport à laquelle se définit le comportement fautif lui est nécessairement préexistante. La norme de prudence est bien souvent créée par le juge à l'épreuve du cas d'espèce qui lui est soumis². Le bon père de famille doit-il vraiment prévoir que des branches d'ifs risquent, en milieu rural, de causer un dommage si elles sont ingérées par le bétail de la prairie voisine³?

22. En définissant la faute comme un manquement à une norme de conduite préexistante, MM. DABIN et LAGASSE ont d'abord en vue la faute extracontractuelle⁴, bien que la généralité des termes utilisés permette d'inclure la violation d'une norme contractuelle. L'accent est porté, à l'excès nous semble-t-il, sur la composante objective de la faute. Une définition correcte de celle-ci ne peut passer sous silence sa composante psychologique ou subjective. Il n'y a en principe pas de faute si l'auteur de l'acte n'a pas la faculté de discernement ou n'a pu agir autrement qu'il ne l'a fait⁵. Ce principe est d'application en matière contractuelle⁶ et extracontractuelle.

Selon L. CORNELIS, 'on peut décrire la faute comme étant la méconnaissance d'une norme générale de prudence, imputable à la personne atraite en responsabilité, qui entraîne un dommage dont la survenance était prévisible'⁷. Cette définition souligne, par sa référence explicite au concept d'imputabilité, que la composante subjective de la faute en est un élément essentiel. Elle la spécifie même en faisant de la prévisibilité du dommage un élément constitutif supplémentaire de la faute (pour une discussion, voir *infra*, vol. 2). Cette définition ne reprend pas la distinction, généralement admise en doctrine belge⁸, entre la violation d'une norme légale ou réglementaire spécifique et la violation de l'obligation générale de prudence et de diligence⁹. Ce n'est pas un hasard. L'imputabilité reprenant ses droits, la transgression d'une norme spécifique n'est en définitive considérée que comme un cas particulier de la violation de la norme générale de prudence et de diligence par un agent juridique doté d'un minimum de conscience et de liberté¹⁰.

La distinction des deux cas de figure n'est cependant pas inutile car l'appréciation de la faute par le juge du fond et le contrôle exercé par la Cour de cassation diffèrent significativement dans l'une et l'autre hypothèse (voir *infra*, vol. 3).

§ 3. Essai de synthèse

23. Les définitions de la faute civile peuvent être classées en trois catégories, selon qu'elles mettent l'accent sur la norme violée, sur l'auteur de la violation ou sur la victime de celle-ci. Cette classification est schématique. Elle force le trait. En

1. De là à conclure qu'une règle n'est juridique que par transmutation judiciaire ... D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 17: 'L'éventualité d'un jugement nous paraît être le critère de la juridicité.' Comp. J. GHESTIN, 'Normalisation et contrat', in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 494.

2. Comp. J.-L. FAGNART, *Livre 1bis*, n^{os} 69 et s.

3. Liège, 30 nov. 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 240.

4. Elle est, en cela, plus restrictive que les définitions proposées par D. MAZEAUD ou M. PLANIOL dont l'ambition avouée était de construire une théorie générale de la faute embrassant la violation des obligations légales et des obligations conventionnelles. Cf. sur ce point PH. REMY, *o.c.*, pp. 333 et s.

5. Ceci est, à juste titre, souligné par L. CORNELIS dans *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *o.c.*, pp. 25 et s. Cet auteur présente, en premier lieu, l'imputabilité comme élément constitutif de la faute.

6. Cass., 29 nov. 1984, *Pas.*, 1985, I, 399; *R.C.J.B.*, 1987, pp. 213 et s., note F. GLANSDORFF, 'La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental'.

7. L. CORNELIS, *o.c.*, p. 311.

8. Voir p. ex. R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, 'La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle. Examen de jurisprudence (1987 à 1993)', *R.C.J.B.*, 1995, p. 552.

9. La distinction est cependant utilisée par l'auteur dans son exposé antérieur, particulièrement quand il s'interroge sur les relations existant la faute et la contravention à la loi (pp. 65 et s.).

10. Comp. avec la définition proposée par D. MAZEAUD (*supra*, n^o 18).

réalité, bon nombre de définitions, par les nuances qu'elles mettent, empruntent à plusieurs catégories.

24. Un premier groupe de définitions caractérise la faute comme une violation du droit objectif. La violation de la norme, sa transgression retient l'attention. Assez logiquement, cette conception tend (sous certaines réserves) à affirmer l'unité des notions de faute et d'illégalité¹. Poussée à la limite, elle considère la faute comme un acte objectivement illicite, dépouillé de tout élément moral de culpabilité et même de tout élément de conscience². Cette conception radicale ne s'est pas imposée en droit belge. Dans le domaine des responsabilités complexes, la jurisprudence belge admet toutefois qu'un acte objectivement illicite du mineur suffit à déclencher la présomption de responsabilité pesant sur ses parents³.

25. Sans supprimer la composante objective de la faute, c'est-à-dire l'illégalité qu'elle comporte, un deuxième groupe de définitions prend plus directement en considération l'auteur de la transgression et ne considère son comportement comme fautif que s'il est doté d'un minimum de conscience et de volonté qui permet de le faire sien⁴.

Selon la Cour de cassation belge, la transgression d'une norme de conduite ne constitue une faute génératrice de responsabilité civile que si cette transgression a été commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme⁵. Dans son arrêt du 13 mai 1982, la Cour considère comme fautive la violation d'une obligation déterminée, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité⁶. Cette formulation, plus restrictive, fait passer au second plan la composante psychologique⁷, sans la supprimer totalement.

26. Un troisième groupe de définition met l'accent sur le droit ou l'intérêt dont la violation constituerait une faute. Elles ont pour centre de gravité celui dont le droit de la responsabilité civile entend assurer la protection. Dans cette perspective, la faute a été définie comme l'atteinte à un droit subjectif. Selon Josserand: 'Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent'⁸. Ce genre de définition paraît avoir les faveurs d'une partie de la doctrine flamande selon laquelle la violation d'un droit subjectif constitue une faute⁹. Ce point de vue est contestable parce qu'il fait abstraction de l'élément moral dans lequel s'enracine la faute¹⁰. Il a surtout été défendu dans le domaine des droits de la personnalité dont la sanction paraît spécifique et tend à s'émanciper de la responsabilité civile *stricto sensu*¹¹.

1. Voir p. ex. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, n° 301: 'Le manquement à la loi ou aux règlements constitue le cas où la faute aquilienne est la moins discutable'. J.-L. FAGNART, 'De la légalité à l'égalité', in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23, n° 22: 'L'acte illégal est par définition fautif'. Ces formules abruptes, isolées pour les besoins de la cause, sont cependant nuancées par les auteurs eux-mêmes, réservant notamment le cas de l'erreur et de l'ignorance invincibles.

2. Cette conception de la faute a été défendue, ainsi qu'on l'a vu, par D. MAZEAUD dans les différentes éditions de son *Traité* ainsi que dans les *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, par F. CHABAS.

3. Sur l'ensemble de la question, B. DUBUISSON, 'Autonomie et irresponsabilité du mineur', in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, 1998, P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBICK (dir.), pp. 79 et s., part. pp. 110 et s.

4. La définition adoptée par L. CORNELIS (citée *supra* n° 22) est, à notre connaissance, l'une des rares définitions qui intègre explicitement la composante psychologique.

5. Voir not. Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, 682.

6. *Pas.*, 1982, I, 1056.

7. Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence de la Cour, voir *infra* vol. 2, chap. 1.

8. *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1930, n° 426.

9. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, 'Overzicht van rechtspraak – Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993)', *T.P.R.*, 1995/3, pp. 1167 et s. Cette définition de la faute comme atteinte à un droit subjectif est présentée, semble-t-il, comme complémentaire aux définitions classiques de la faute.

10. Comp. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 154 et s.

11. Pour une discussion approfondie, E. GULDIX et A. WYLLEMAN, *o.c.*, pp. 1632 et s.

Les définitions de la faute comme lésion d'un intérêt légitime¹ ou comme atteinte à la confiance légitime d'autrui² ont également pour centre de gravité la protection et le point de vue de la victime du dommage³.

Le droit objectif règle des rapports sociaux. À mesure que la responsabilité civile fait prévaloir un souci d'indemnisation, il est naturel que la définition de la faute incorpore, d'une façon ou d'une autre, l'atteinte portée à la victime du dommage, à son droit, à son intérêt ou à son attente légitimes⁴.

Dans le domaine de l'abus de droit, il est frappant que le critère de proportionnalité concrétise la faute civile en reliant le bénéfice tiré de l'exercice du droit par son titulaire et le dommage causé à celui qui subit cet exercice. Le dommage (re)fait intrusion dans la définition de la faute (voir *infra*, n^{os} 30 et s.).

27. Nous proposons ci-dessous une définition classique de la faute sans référence explicite à la personne lésée.

La faute peut être définie comme la violation, imputable à son auteur, d'une norme de comportement juridiquement obligatoire lui imposant soit de s'abstenir ou d'agir de façon déterminée soit d'agir comme une personne normalement diligente et prudente.

Toute faute comporte, fût-ce de façon ténue, un élément objectif de transgression de la norme et un élément subjectif ou psychologique permettant d'imputer la transgression à l'auteur de celle-ci⁵.

28. Le concept de 'norme juridiquement obligatoire' est à prendre au sens large. Quant à la source de la norme tout d'abord. Il peut s'agir d'une norme de droit interne, loi ou règlement ou d'une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne⁶. Il peut aussi s'agir de la loi des parties déterminée par le contrat (C. civ., art. 1134, al. 1^{er}), du moins si l'on admet que la responsabilité contractuelle pour faute s'applique à l'inexécution du contrat⁷.

Quant à son contenu ensuite. La norme peut préciser le comportement à adopter: elle prescrit d'agir ou de s'abstenir. De plus en plus, les normes de droit civiles, pénales, administratives imposent à leurs destinataires des comportements bien déterminés, ce qui multiplie les possibilités de faute civile⁸ et aussi semble-t-il, comme les législations sont de plus en plus complexes et touffues, les possibilités d'erreurs de droit.

La norme peut se contenter d'édicter de façon générale une obligation de prudence. C'est le cas, en matière contractuelle, de l'article 1137 du Code civil qui oblige celui qui est chargé de la conservation d'une chose à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Une règle générale de bon comportement se déduit également de l'article 1382 du Code civil. De facture plus récente, l'article 36, § 1^{er}

1. Cette définition de la faute amène, à notre avis, à la confondre avec la définition du dommage réparable. Comp. J. VAN RYN, note sous Bruxelles, 12 avr. 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123, n^o 6.

2. Ce critère est souvent utilisé pour engager la responsabilité des pouvoirs publics en matière de voirie. Voir la jurisprudence citée par R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, 'Examen', *R.C.J.B.*, 1995, pp. 692 et s. En matière fiscale, M. PÂQUES, 'L'application de la loi fiscale – Principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal', *Act. dr.* 1993/2, pp. 447 et s.; N. GEELHAND, 'Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal', *R.C.J.B.*, 1995, pp. 157 et s.

3. Ce que la victime est en droit d'attendre et ce dont elle peut espérer réparation est naturellement lié à ce que l'auteur de l'acte dommageable peut faire. Comme l'écrit J. VAN RYN, (*o.c.*, p. 123, n^o 6), 'Tout se ramène, en somme, à savoir si l'auteur de l'acte dommageable avait le *droit* d'agir comme il l'a fait ou si au contraire, la victime avait le *droit* de compter que son adversaire agirait autrement'.

4. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995, en particulier, pp. 164 et s. consacrées à la responsabilité aquilienne comme expression du respect dû aux expectatives légitimes d'autrui.

5. Pour plus de précisions sur ces deux composantes de la faute, voir *infra*, vol. 2.

6. Voir les conclusions de M. le Procureur général J. VELU, alors Avocat général, précédant Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1056; *J.T.*, 1982, p. 72, part., n^o 19.

7. *Contra*, PH. REMY, 'La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept', *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 323 et s.

8. Voir les réflexions de B. DUBUISSON, 'Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile', in *La faute dans différentes branches du droit*, UCL, Barreau de Nivelles, juin 1999, pp. 22 et s.

de la loi du 6 avril 1995 impose aux intermédiaires et conseillers en placement 'd'agir loyalement et équitablement en vue de promouvoir au mieux l'intégrité et les pratiques honnêtes sur le marché, ainsi que de servir au mieux les intérêts de leurs clients avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent'¹. Cette répétition, un peu incantatoire, n'est pas indispensable.

Par son caractère très général, l'obligation de prudence et de diligence insérée dans la norme juridique ouvre celle-ci aux règles de la vie sociale, de la déontologie professionnelle etc. que le juge incorpore dans son appréciation et dont il assure la transmutation².

29. Le respect d'une disposition légale prescrivant un comportement déterminé n'exclut pas un manquement à l'obligation de prudence et de diligence déduite de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité civile pour faute peut être engagée alors même que l'agent se serait conformé à toutes les prescriptions légales et réglementaires applicables à son activité³. La solution paraît bien rigoureuse à l'heure où les législations souvent confuses prolifèrent.

1. Pour un commentaire de ces dispositions, B. FERON, 'La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière de gestion de fortune et de conseil en placement', in *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, B. DUBUISSON et P. JADOUL (dir.), Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, 2000, pp. 74 et s.

2. Comp. la définition de MM. DABIN et LAGASSE (citée n° 21) donnant l'impression que les règles de vie sociale, de morale, de convenances etc. ne sont pas juridiques mais sont pourtant juridiquement obligatoires. Comp. la critique analogue de X. DIEUX, *o.c.*, pp. 166 et s.

3. L. CORNELIS et P. VAN OMMESELAGHE, 'Les "faits justificatifs" dans le droit belge de la responsabilité aquilienne', in *Memoriam Jean LIMPENS*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, p. 268 et la jurisprudence citée en note 14. En matière de responsabilité environnementale, Anvers, 17 févr. 1988, *Amén.*, 1989/4, pp. 183 et s.; Civ. Liège, 12 oct. 1992, *Amén.*, 1993/3, pp. 174 et s.

Chapitre 3. Aux limites de la faute: l'abus de droit

30. Un concept se définit non seulement par ce qu'il comprend mais aussi par ce qui lui échappe. L'abus de droit est un concept paradoxal dont l'examen livre des enseignements utiles pour définir la faute.

La jurisprudence belge reconnaît largement l'abus de droit¹, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle et en donne une définition générale empruntée à la responsabilité civile (section 1). Les rapports de la faute civile et de l'abus de droit sont toutefois plus complexes qu'il n'y paraît: la faute ne peut être admise dans l'exercice d'un droit qu'avec une certaine prudence (section 2).

SECTION 1. L'ABUS DE DROIT, UNE CRÉATION JURISPRUDENTIELLE

§ 1. Etapes principales

31. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971², la théorie de l'abus de droit n'a cessé de s'étendre et de se préciser en droit belge. Ce n'était pas la première fois que la Cour avait à se prononcer en la matière. Un arrêt du 12 juillet 1917 affirme nettement que 'si la concurrence est un droit dérivant de la liberté du commerce, celle-ci a ses limites, comme la propriété, et qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui'³. La Cour admet de façon générale que l'abus de droit est un correctif à l'exercice des droits. Elle admet aussi que l'intention exclusive de nuire du titulaire du droit, difficile à prouver en pratique, n'est pas l'unique critère permettant d'apprécier si l'exercice d'un droit est ou non abusif⁴.

L'arrêt du 10 septembre 1971 refuse de censurer une décision du tribunal de première instance de Namur qui avait considéré comme abusive la demande de démolition d'un mur intentée par le propriétaire d'un fonds voisin victime, depuis 23 ans, d'un léger empiètement sans aucune plainte de sa part. Le tribunal de Namur avait substitué des dommages-intérêts à la démolition demandée.

Selon la Cour, 'le droit d'exiger la démolition à la suite de l'appropriation illicite du bien d'autrui par un tiers, ainsi que le droit de propriété dont ce droit de démolition sanctionne la violation, sont susceptibles d'abus; (que) pareil abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifeste-

1. Trop largement selon certains. Dans sa chronique de jurisprudence ('La responsabilité civile (1985-1995)', dossiers du *J.T.*, Bruxelles, Larcier 1997, p. 54, n° 45), J.-L. FAGNART stigmatise l'abus de la théorie de l'abus de droit.

2. Cass., 10 sept. 1971, *Pas.*, 1972, I, 28 et la note W.G.; *Arr. Cass.* 1972, p. 31 et concl. Proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH (reprises aussi dans *R.W.*, 1971-1972, col. 322 et s.); *R.C.J.B.*, 1976, pp. 300 et s., note de P. VAN OMMESELAGHE, 'Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi'.

3. Cass., 12 juill. 1917, *Pas.*, 1918, I, 73 (L'affaire opposait le propriétaire de l'Innovation et le propriétaire du Bon Marché dont l'enseigne lumineuse cachait complètement celle de l'Innovation). Voir aussi Cass., 16 nov. 1961, *Pas.*, 1962, I, 332. Pour un commentaire de l'ensemble de la jurisprudence belge, faisant le lien entre droit des biens et droit des contrats, voir l'étude approfondie de S. STIJNS et H. VUYE, 'Tendances et réflexions en matière d'abus de droit et de droit des biens', in *Eigendom/Propriété*, UFSIA – Faculté de droit de Namur, Die Keure – La Charte, Bruges, 1996, pp. 97 et s., spéc. p. 103.

4. Ce critère, utilisé par la Cour de cassation de France dans l'affaire Clément Bayard (Cass. fr., 3 août 1915, *D.* 1917, p. 79), reste un des critères de l'abus de droit tant en matière extra-contractuelle qu'en matière contractuelle. Pour le droit des biens, voir les références citées par S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, p. 101, note 15.

ment les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

Attendu que, tenant compte de ce que cette situation existe depuis 23 ans, de l'importance limitée du dommage et de sa disproportion avec le préjudice qu'une démolition éventuelle causerait aux défendeurs, le tribunal a pu considérer que, dans les circonstances présentes, exiger la démolition dépassait manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente, et en déduire qu'en l'espèce l'appropriation d'une étroite bande de terrain devait être réparée, non en nature, mais par une allocation de dommages-intérêts proportionnés au préjudice subi.

32. Dans cet arrêt de principe, la Cour ne rompt pas avec sa jurisprudence antérieure. Elle refuse, comme dans son arrêt du 12 juillet 1917, de limiter l'abus de droit à l'hypothèse où le droit est exercé avec l'intention de nuire¹.

La Cour ne s'en tient pas là. Elle généralise. L'abus de droit est défini comme l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. Il est tentant de voir dans cette formule générale une référence à la faute civile visée à l'article 1382 du Code civil, bien que la Cour ne fasse pas explicitement allusion à cette disposition dans sa motivation. Ceci laisse planer un léger doute, levé par la majorité des commentateurs, sur le fondement juridique de l'abus de droit en matière extracontractuelle².

Enfin, la Cour innove. Il est indiscuté que l'arrêt du 10 septembre 1971 consacre le critère dit de proportionnalité ou de disproportion³, ce qui implique une comparaison, une pesée, une balance des intérêts en présence. La Cour ne censure pas le juge du fond pour avoir caractérisé l'abus à partir de la disproportion existant entre l'avantage retiré par le titulaire de l'exercice du droit et le préjudice qui en découle pour le tiers⁴. Cette disproportion joue comme un révélateur. Elle objective la faute dans une hypothèse où celle-ci ne doit être admise qu'avec prudence puisque le titulaire, à première vue, ne fait qu'exercer son droit.

33. La Cour a poursuivi son œuvre. L'abus de droit s'est vu conférer droit de cité en matière contractuelle par un arrêt du 19 septembre 1983⁵. Cet arrêt, généra-

1. Plus précisément avec la *seule* intention de nuire. Il faut que l'usage du droit ne s'explique que par l'intention de nuire à autrui. P. VAN OMMESSLAGHE, *o.c.*, pp. 327 et s. Ceci a été rappelé incidemment par la Cour de cassation en matière extra contractuelle, dans un arrêt du 19 novembre 1987 (*Pas.*, 1988, I, 332).

2. En ce sens, P. VAN OMMESSLAGHE (note citée, p. 312) pour qui la Cour 'a maintenant déterminé sans ambiguïté la base juridique du recours fondé sur l'abus de droit'. L'auteur fonde cette opinion sur la formulation utilisée par la Cour et sur les conclusions du procureur général GANSHOF VAN MEERSCH (*Arr. Cass.*, 1972, I, 31 et s.) qui l'invitaient explicitement à fonder l'abus de droit sur la faute civile. Dans le même sens, R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, 'Examen', *R.C.J.B.*, 1995, p. 554, n° 19; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE et L. WYNANT, 'Overzicht', *T.P.R.*, 1995/3, pp. 1215 et s. L'opposant le plus résolu à l'application des règles de la responsabilité civile extracontractuelle à l'abus de droit est le professeur CORNELIS dans *Principes*, p. 87, n° 50 et s. Cet auteur en est venu, dans un ouvrage récent, à contester la théorie de l'abus de droit elle-même en tant que création jurisprudentielle. Cf. *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n° 252 et s. En droit français, voir la synthèse de J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *o.c.*, pp. 112 et s. (ces auteurs concluent au n° 114 qu'en dépit des apparences, le critère de la faute n'est pas très ferme).

3. L'introduction du critère de proportionnalité en droit belge est due à A. DE BERSAQUES, 'L'abus de droit', note sous Gand, 20 nov. 1950, *R.C.J.B.*, 1953, pp. 272 et s., part. n° 21 et s.; 'L'abus de droit en matière contractuelle', note sous Liège, 14 févr. 1964, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 501 et s.

4. La terminologie est flottante: la doctrine, quand elle évoque ou quand elle définit le critère de proportionnalité, fait référence tant au rapport entre les intérêts en présence, intérêt servi et intérêt lésé qu'au rapport entre l'avantage retiré par le titulaire et le préjudice subi par le tiers ou par le cocontractant. Voir p. ex. P. VAN OMMESSLAGHE note citée n° 13 et 16.

5. *Pas.*, 1984, I, 55; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE; *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et s., note J.-L. FAGNART, 'L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion'.

lement approuvé en doctrine¹, fonde l'abus de droit non sur l'article 1382 du Code civil mais sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions énoncé à l'article 1134, alinéa 3.

'Attendu que si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie'.

La jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 19 septembre 1983 a un triple intérêt.

1° L'abus de droit contractuel se voit reconnaître un fondement juridique propre et se trouve sanctionné par les règles de la responsabilité contractuelle, ce qui permet d'éviter le problème du cumul des responsabilités².

2° Elle consacre l'effet modérateur (appelé aussi effet restrictif ou limitatif) de la bonne foi³. Par la suite, la Cour, répondant aux interrogations de certains commentateurs, a explicitement affirmé l'équivalence entre la fonction modératrice de la bonne foi et l'abus de droit contractuel⁴. En d'autres termes, la fonction modératrice de la bonne foi coïncide avec l'abus de droit contractuel et ne l'excède pas. Pareille équation préserve le principe de la convention-loi qui aurait pu être vidé de toute substance par un correctif aux contours trop flous.

3° La Cour se réfère au critère de proportionnalité que l'arrêt du 10 septembre 1971 a consacré en matière extracontractuelle.

Le critère de proportionnalité, devenu prépondérant⁵, transcende la division entre le domaine contractuel et le domaine extracontractuel.

§ 2. Définition générale et critères de l'abus de droit

34. Bien qu'elle assigne deux fondements juridiques distincts à l'abus de droit, selon qu'il est contractuel ou extracontractuel, la Cour de cassation a aligné la définition générale de l'abus de droit dans le domaine contractuel sur celle qui figure dans l'arrêt du 10 septembre 1971.

Un arrêt du 1^{er} février 1996, après avoir confirmé que l'abus de droit contractuel trouvait son fondement non dans les articles 1382 et 1383 du Code civil mais dans l'article 1134, alinéa 3 du même Code, énonce ensuite qu'un abus de droit consiste en l'exercice de droits d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement diligente et prudente⁶. L'unification des définitions étant réalisée, la question essentielle est

1. J.-L. FAGNART, note citée, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 311 et s.; P.-A. FORIERS, 'Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle', note sous Cass., 30 janv. 1992, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 201 et s.; J.-F. ROMAIN, 'Théorie critique ...', *o.c.*, pp. 885 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, 'Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995)', *J.T.*, 1996, p. 704, n° 38. *Contra* L. CORNELIS, *Principes*, pp. 97 et s. Comp. les questions de J.-L. FAGNART, note citée, aux n°s 33-34.

2. Voir e.a., P.-A. FORIERS, note citée, *R.C.J.B.*, 1994, p. 199.

3. P.-A. FORIERS, *o.c.*, p. 204; S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, p. 113; S. STIJNS, 'Abus, mais de quel(s) droit(s)?', *J.T.*, 1990, p. 36, point 1.3.2.

4. Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1061 spéc. 1063; dans le même sens, Cass., 20 févr. 1992, *Pas.*, 1992, I, 549, spéc. p. 551. Selon le second de ces arrêts rejetant, en termes pratiquement identiques, la 'rechtsverwerking' comme principe général de droit, 'une partie ne viole pas l'article 1134, alinéa 3 du Code civil consacrant le principe de l'exécution de bonne foi des conventions lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en ait abusé'.

5. Selon l'observation de P.-A. FORIERS, *o.c.*, p. 198 et les références citées en notes 27 et 28. Le critère de proportionnalité est plus utilisé par la Cour de cassation en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle bien qu'il ait été introduit par l'arrêt du 10 septembre 1971. En matière contractuelle voir p. ex. Cass., 19 sept. 1983 commenté au texte (n° 33); Cass., 6 avr. 1984, *Pas.*, 1984, I, 990; Cass., 19 nov. 1987, *Pas.*, 1988, I, 332 et s.; Cass., 30 nov. 1989, *Pas.*, 1990, I, 392; Cass., 30 janv. 1992, *Pas.*, 1992, I, 472 et s., *R.C.J.B.*, 1994, pp. 185 et s. note P.-A. FORIERS.

6. *Pas.*, 1996, I, 158 spéc., p. 160. Voir aussi dans la jurisprudence antérieure, Cass., 18 févr. 1988, *Pas.*, 1988, I, 728; Cass., 16 déc. 1982, *Pas.*, 1983, I, 472; pour un commentaire, J.-F. ROMAIN, *o.c.*, 2000, pp. 115 et s.

celle de la détermination et de l'interprétation des critères servant à caractériser l'abus.

35. Ces critères spécifiques¹, communs pour la plupart à l'abus de droit contractuel et extracontractuel, sont les suivants²:

- l'exercice d'un droit dans l'intention de nuire à autrui;
- l'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime ou encore sans intérêt raisonnable et suffisant, de façon préjudiciable à autrui;
- le choix, entre différentes façons d'exercer un droit avec la même utilité, de l'exercer de façon dommageable à autrui;
- l'exercice d'un droit entraînant une disproportion entre l'avantage obtenu par le titulaire du droit et le préjudice causé ou la charge infligée à l'autre partie;
- le détournement du droit de sa finalité, s'il s'agit d'un droit fonction.

Selon la doctrine belge³, la liste des critères n'est pas close. Elle est susceptible de s'enrichir de critères supplémentaires. Peut être abusif l'exercice d'un droit d'une façon qui trompe la légitime confiance d'un cocontractant ou d'un tiers⁴. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir, l'abus de droit puisse être caractérisé par la disproportion existant entre l'avantage personnel retiré de l'exercice du droit et le préjudice causé à des intérêts collectifs tels que la protection de l'environnement⁵.

36. De l'intention de nuire au critère de proportionnalité, l'évolution est frappante et, dans une certaine mesure, exemplaire. Dans l'abus de droit comme dans la tierce complicité ou la fraude paulienne (voir *infra* vol. 2), l'intention de nuire fournit le critère initial de la théorie alors qu'elle n'est pas, en principe, un élément constitutif de la faute civile. Critère subjectif focalisé sur l'état d'esprit moralement répréhensible de l'auteur de l'abus qui veut le dommage. Puis, ce critère de l'intention de nuire, sans disparaître, se voit progressivement supplanté par des critères plus objectifs tels que, pour l'abus de droit, le critère de proportionnalité. Celui-ci est devenu tellement envahissant que pour certains auteurs, le critère de l'intention de nuire n'est en définitive qu'une hypothèse d'application du critère de la proportionnalité⁶. Le critère de proportionnalité met en exergue la dimension économique de l'exercice des droits par le lien qu'il établit entre les avantages et les dommages liés à l'exercice d'une prérogative contractuelle ou extracontractuelle. Il est permis d'y voir l'expression d'un certain utilitarisme judiciaire qui, au-delà de la morale, entend promouvoir, de façon pragmatique, une rationalité

1. Selon l'expression utilisée notamment par S. STIJNS et H. VUYE (*o.c.*, p. 107) qui l'appliquent à l'ensemble des critères permettant de caractériser l'abus et de concrétiser la définition générale de l'abus de droit. D'autres parlent de critères particuliers ou se réfèrent à une typologie des situations d'abus de droit. Cf. J.-F. ROMAIN, 'Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel', in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau, 2000, pp. 117 et s.

2. La présentation des critères est très similaire d'un auteur à l'autre. Cf. p. ex. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, 'Chronique', p. 707, n° 45; J.-F. ROMAIN, 'Le principe de la convention-loi', *o.c.*, pp. 115 et s. (ces deux études sont centrées sur l'abus de droit contractuel); R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, 'Examen', *R.C.J.B.*, 1995, p. 556, n° 20; J.-L. FAGNART, 'Chronique', p. 52, n° 44.

3. S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, p. 118; J.-F. ROMAIN, *o.c.*, 2000, p. 120.

4. Ce critère, déjà proposé par W. VAN GERVEN dans *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, n° 70 *in fine*, permettrait d'englober dans l'abus de droit certains cas de 'rechtsverwerking'. A. DE BERSAQUES (note citée, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 510 et s.) définit principalement l'abus de droit en matière contractuelle par l'atteinte à la confiance légitime d'autrui. Pour une application, voir p. ex. Mons, 13 déc. 1999, *J.L.M.B.*, 2000/8, pp. 770 et s. *Adde.* la jurisprudence citée par J.-L. FAGNART, 'Chronique', p. 53.

5. Cf. Cass., 16 nov. 1961, *Pas.* 1962, I, 333: 'Entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général' (nous soulignons). Voir la jurisprudence citée par S. STIJNS et H. VUYE, 'Tendances et réflexions ...', pp. 141 et s. à propos de demandes d'arrachages d'arbres jugées contraires à la protection de la nature, particulièrement en zone urbaine.

6. En ce sens, semble-t-il, N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, 'Examen de jurisprudence (1989-1998) – Les biens', *R.C.J.B.*, 2000, pp. 297 et s.

économique dans l'exercice des droits¹. Sur le plan strictement juridique, le critère de proportionnalité est discutable. Il introduit dans le débat sur la faute un élément qui doit en être, sur le plan théorique soigneusement distingué: le dommage (voir *infra*, n^{os} 41 et s.)

SECTION 2. FAUTE CIVILE ET ABUS DE DROIT

§ 1. L'abus de droit, dépassement manifeste des limites de l'exercice normal d'un droit

37. L'abus de droit est devenu une familiarité de langage qui occulte ce que la formule contient de paradoxal sinon de contradictoire². Au début du siècle, Planiol répétait que '... le droit cesse où l'abus commence, et (qu') il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit'³. Logiquement implacable, l'opinion de PLANIOL continue, malgré différentes tentatives de réfutation⁴, à alimenter les controverses théoriques.

En droit belge, l'abus de droit est largement reçu par une doctrine et une jurisprudence pragmatiques qui voient dans l'usage abusif d'un droit soit une faute aquilienne (C. civ., art. 1382), soit une faute contractuelle. (C. civ., art. 1134, al. 3)⁵. La solution est séduisante d'élégance et de simplicité apparente mais elle n'a pas pour autant fait taire toute discussion. Si l'on accepte l'idée que la responsabilité civile s'applique à l'usage abusif d'un droit⁶, il faut encore déterminer quel contenu donner à la faute constitutive d'abus⁷. La Cour de cassation définit généralement l'abus de droit, contractuel ou extracontractuel, comme un dépassement *manifeste* des limites de l'exercice normal du droit par une personne diligente et prudente⁸. L'utilisation de l'adjectif manifeste ou de l'adverbe manifestement a soulevé un débat fondamental sous des dehors terminologiques.

1. L'évolution des commentaires doctrinaux et des fondements juridiques assignés à l'abus de droit par les philosophes du droit est, elle aussi, frappante. Comp., à cet égard, l'accent mis par J. DABIN sur le fondement moral de l'abus de droit (*Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 293 et s.) et l'accent mis par K. RAES sur la dimension économique de l'institution et sur son lien avec l'analyse économique du droit et la théorie du choix rationnel. K. RAES, 'Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van de rechtsbeginselen', in *Liber Amicorum Paul DE VROEDE*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, Rechtswetenschappen, 1994, pp. 1160 et s.

2. Sur ce thème, P. MARTENS, 'Thémis et ses plumes', in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François RIGAUX*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 354 et s.

3. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1905, p. 284, n^o 871.

4. Nous ne pouvons reprendre ici ces controverses souvent passionnées. Pour une synthèse fine de celles-ci, voir notamment J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd. Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 749 et s.

5. Voir *supra*, n^{os} 31 et s.

6. Certain doctrine soutient que l'abus ne se conçoit qu'à propos d'un droit et non d'une liberté. Voir p. ex. S. STIJNS, 'Abus, mais de quel(s) droit(s)?', *J.T.*, 1990, 3.2.4. et réf. citées en note (125). *Contra*: P. VAN OMMESLAGHE, note citée, 1976, pp. 324 et s.; J. DABIN, *o.c.*, pp. 299 et s. Nous ne voyons pas la raison de cette distinction qui paraît avoir été condamnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 septembre 1992. (*Pas.*, 1992, I, 1049; *R.C.J.B.*, 1995, pp. 5 et s. note VAN BUNNEN.) A. DE BERSAQUES, dans sa note précitée (*R.C.J.B.*, 1969, p. 515, n^o 20), voyait indifféremment dans la lésion qualifiée, un abus du droit de contracter ou un abus de la liberté contractuelle.

7. Comme le relevait déjà DABIN (*o.c.*, pp. 299 et s.), il faut se demander, une fois admise l'application de la responsabilité civile, si toute faute quelconque, y compris la simple négligence ou imprudence, peut être retenue au titre d'abus de droit. La question reste pertinente comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 11 mai 1993 (*J.T.*, 1994, pp. 90 et s.) réformant la décision du premier juge qui avait admis l'abus de droit par simple imprudence.

8. Voir *supra* n^o 34.

38. Selon l'opinion du Professeur CORNELIS, qui reste pour l'instant isolée, l'utilisation de l'adjectif manifeste ou de l'adverbe manifestement¹ indiquerait que l'abus de droit obéit à des critères d'appréciation différents de ceux appliqués à la faute civile et que la Cour rejette en ce domaine les principes de la responsabilité civile². L'abus de droit appartiendrait aux principes généraux du droit. Mais dans ce cas, il faudrait admettre que la violation de ceux-ci soit serait réglée par un régime spécifique soit serait fautive, ce qui nous ferait revenir aux règles de la responsabilité civile. Est-il vraiment opportun de faire proliférer les principes généraux du droit?

Nous ne pouvons discuter en détail le point de vue original du Professeur CORNELIS. Il est à noter que l'auteur, dans ses dernières publications, conteste plus radicalement la possibilité pour la jurisprudence de créer un mécanisme correcteur aussi dérogoire au droit que l'abus de droit³.

39. Selon une partie de la doctrine belge principalement néerlandophone⁴, le critère du 'dépassement manifeste des limites de l'exercice normal du droit' impliquerait que l'abus de droit soit soumis à une appréciation qualifiée de marginale⁵. L'idée de base est qu'il existe, à l'intérieur des limites formelles d'un droit, toute une série de comportements qui, quoique dommageables à autrui, peuvent être non fautifs car ils auraient pu être adoptés par une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances externes.

Ce n'est que lorsque le comportement incriminé ne correspond à aucune des hypothèses d'exercice normal du droit en cause que celui-ci peut être sanctionné par le juge au titre d'abus de droit. Le contrôle marginal est donc une technique qui tient lieu au juge de garde-fou et lui évite de confronter directement le comportement litigieux à ses propres jugements de valeur⁶. Il s'agit, en d'autres termes, de sanctionner des comportements qui sortent de la sphère à l'intérieur de laquelle il y a place pour des différences d'appréciation.

40. C'est d'un droit qu'il est question. L'exercice d'un droit étant *a priori* licite, le contrôle marginal appliqué par le juge va l'amener à plus de réserves dans l'appréciation de la faute⁷ c'est-à-dire à relever le seuil à partir duquel le comportement du titulaire du droit va être considéré comme abusif et donc fautif. En matière d'abus de droit, le critère de dépassement manifeste induit une tentation, celle de renouer avec une gradation dans l'échelle des fautes et de ne considérer comme constitutives d'abus que les fautes lourdes, grossières ou manifestes commises par le titulaire dans l'exercice de son droit⁸. En principe, la faute simple suffit à engager la responsabilité civile. En pratique, on hésitera toutefois à admettre qu'une imprudence légère suffise pour atteindre le seuil à partir duquel l'usage dans l'exercice d'un droit peut être considéré comme abusif. Le titulaire d'un droit jouit dans l'exercice de celui-ci d'un *a priori* favorable, d'une sorte d'immunité qui ne peut être levée que moyennant une caractérisation

1. La Cour de cassation omet parfois cette précision, comme le reconnaît honnêtement le Professeur CORNELIS lui-même dans ses *Principes*, p. 87, note 77. P.-A. FORIERS, (note citée, p. 201, note 38), considère que l'omission du terme 'manifeste' ou 'manifestement' montre que celui-ci n'est pas un élément essentiel de la définition de l'abus de droit.

2. L. CORNELIS, *Principes*, pp. 88 et s. *Contra*: P.-A. FORIERS, note citée, pp. 199 et s.

3. *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n°s 252 et s.

4. Voir les nombreuses références citées par S. STIJNS, 'Abus, mais de quel(s) droits?', *J.T.*, 1990, p. 41, note (148).

5. Cette technique d'appréciation est connue en néerlandais sous le nom de 'marginale toetsing'. Le promoteur en droit belge en est le professeur RONSE dans une étude devenue classique 'Marginale toetsing in het privaatrecht', *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.

6. S. STIJNS, *o.c.*, 1990, pp. 40 et s.

7. S. STIJNS, (*o.c.*, p. 44, 3^e col.) parle 'd'une obligation de circonspection et de réserve dans l'application de la théorie de l'abus de droit'. L'expression est reprise par un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 11 mai 1993 (*J.T.*, 1994, p. 90) qui, à juste titre à notre avis, s'attache à caractériser l'abus et non la faute.

8. K. RAES (*o.c.*, p. 1147) cède à la tentation en considérant que seule la faute lourde peut être constitutive d'abus de droit.

suffisante de l'abus pour que celui-ci soit qualifié de fautif. Cette caractérisation nécessaire s'oppose en tous cas à ce que le juge applique, sans plus, une conception tellement extensive de la faute qu'elle en viendrait à sanctionner pratiquement tout exercice dommageable du droit¹.

§ 2. De l'abus de droit à la faute civile par le critère de proportionnalité

41. Parmi les critères permettant de spécifier l'abus de droit, le critère de proportionnalité tient la vedette. Il est un révélateur: il permet d'objectiver le dépassement de l'usage normal d'un droit. Certains auteurs vont plus loin et soutiennent que le critère de proportionnalité engloberait l'ensemble des critères spécifiques de l'abus de droit. Ils semblent en conclure que la violation du critère de proportionnalité définirait exactement l'abus de droit². Dans cette perspective, peut-on encore dire du critère de la proportionnalité qu'il n'est qu'un critère spécifique? En devenant le critère de l'abus de droit, ne tend-il pas à devenir, par voie de conséquence, un critère de la faute?

42. Tout droit subjectif est en définitive une relation, un rapport. Même le droit de propriété, que le Code civil présente comme un monologue entre le propriétaire et sa chose, même le droit de propriété, présenté comme absolu, doit prendre en compte l'intérêt légitime d'autrui. Le critère de proportionnalité établit dans sa définition même un lien entre le titulaire du droit et celui qui en subit l'exercice. Plus précisément, il établit un rapport entre le bénéfice que le titulaire retire de l'exercice de son droit et le dommage infligé à autrui, cocontractant ou tiers. Son application raisonnée doit permettre de trouver un équilibre entre des intérêts rivaux.

Le concept d'équilibre évoque la matière des troubles de voisinage dont la parenté avec l'abus de droit a été soulignée³. Certains auteurs considèrent même que les troubles de voisinage ne sont qu'une application particulière de la prohibition de l'abus de droit⁴.

Pour la doctrine classique, il y a lieu de distinguer l'abus de droit fondé sur la faute (extracontractuelle en l'occurrence) et les troubles de voisinage, hypothèse de responsabilité sans faute⁵. Ni en théorie ni en pratique, les choses ne sont toutefois si tranchées. De façon générale, la théorie des troubles de voisinage ne s'est dissociée que lentement de la faute qui constitue, selon la doctrine et la jurisprudence majoritaires, le socle de l'abus de droit. La Cour de cassation elle-même, avant de reconnaître un fondement autonome à la théorie des troubles de

1. Comp. P.-A. FORIERS (note citée, pp. 200 et s.) selon qui, même dans le droit commun de l'article 1382 du Code civil, les juges apprécient de manière 'marginale' le comportement du défendeur à l'action en responsabilité.

2. P.-A. FORIERS, *o.c.*, pp. 217 et s., n° 21 et particulièrement p. 218. Comp. Y. HANNEQUART, 'Le principe de proportionnalité en droit privé belge', in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1995, pp. 129 et s. Cet auteur se demande si l'abus de droit n'est pas une simple manifestation du principe de proportionnalité. Le renversement de perspective est complet comme le montre d'ailleurs le glissement de terminologie. On passe d'un *critère* d'objectivation à un *principe* fondateur.

3. S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder, reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, pp. 142 et s.

4. Voir déjà W. VAN GERVEN, *Algemeen deel, o.c.*, pp. 200-201; plus récemment, L. CORNELIS, *Principes*, p. 733, n° 441. Il faut rappeler que, pour ce dernier auteur, l'abus de droit extracontractuel n'est pas fondé sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

5. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 812 et s.; J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, Coll. scient. de la Fac. de droit de Liège, 1996, pp. 768 et s.

voisinage dans ses deux arrêts du 6 avril 1960¹, avait, dans son arrêt du 7 avril 1949², élargi la faute au point de considérer comme fautif ‘celui qui use de son bien de manière telle qu’il inflige à son voisin un dommage dépassant la mesure normale des inconvénients du voisinage’. La Cour a abandonné cette jurisprudence qui n’avait pas fait la paix judiciaire mais qui, sur le plan juridique, pouvait se justifier: à partir du moment où la théorie des troubles du voisinage a pour fondement l’article 544 du Code civil définissant le droit de propriété, il est tentant de considérer qu’un dommage excessif viole le droit de propriété et constitue une faute au sens de l’article 1382 du Code civil³. Dans ce raisonnement, la faute se ramène à la lésion du droit du voisin.

Bien que la théorie des troubles de voisinage soit considérée comme une hypothèse de responsabilité sans faute, une conception large de celle-ci amène inmanquablement à recréer une proximité avec l’abus de droit si l’on accepte que celui-ci est fondé sur la faute⁴. On a toutefois souligné (voir *supra* n^{os} 40 et s.) que dans cette conception, seule une caractérisation rigoureuse du comportement pourrait faire conclure à l’abus et donc à la faute. Si bien qu’en définitive la proximité n’existe que parce qu’une notion, nominalement unique, recouvre des conceptions très différentes de la faute.

43. Si l’on passe à l’examen des sanctions prononcées par la jurisprudence belge, les risques de confusion existent également. La Cour de cassation a certes rappelé, dans un arrêt du 14 décembre 1995⁵, que ‘lorsque le trouble a été causé par un fait non fautif, la juste et adéquate compensation rétablissant l’équilibre rompu ne peut consister en l’interdiction absolue de ce fait, même si, selon le juge du fond, l’interdiction absolue est la seule manière de rétablir l’équilibre rompu’⁶. L’examen des sanctions prononcées par les juges du fond révèle toutefois que ceux-ci ne distinguent généralement pas entre compensation et réparation. Ils ont tendance à accorder la ‘réparation’ intégrale du dommage causé par le trouble non fautif et, autant que possible, à ordonner des mesures susceptibles de prévenir ou de faire cesser le trouble⁷.

Dans un arrêt du 16 décembre 1982⁸, la Cour de cassation a précisé que l’exercice abusif d’un droit est sanctionné non par la déchéance totale de ce droit mais par la réduction de celui-ci à son usage normal⁹ ou par la réparation du dommage que l’abus a causé. Il n’est pas exclu qu’en fait la compensation que les juges accordent pour dommage excessif coïncide soit avec la réduction du droit à l’usage normal soit avec la réparation de la totalité du dommage causé par l’exercice abusif du droit.

1. *Pas.*, 1960, I, 915 et concl. Av. gén. MAHAUX; *R.C.J.B.*, 1960, pp. 257 et s., note J. DABIN, ‘Le devoir d’indemnisation en cas de troubles de voisinage’; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, ‘Examen’, *R.C.J.B.*, 1995, p. 574, n^o 30; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, ‘Examen’, *R.C.J.B.*, 2000, p. 308, n^o 105; S. STIJNS et H. VUYE, *Burenhinder*, o.c., pp. 120 et s. et les nombreuses références citées.

2. Cass., 7 avr. 1949, *Pas.*, 1949, I, 273 et concl. Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN; *R.C.J.B.*, 1949, pp. 201 et s. et note J. DABIN.

3. Pour une critique de ce raisonnement, J. DABIN, o.c., p. 214. Dans le même sens, S. STIJNS et H. VUYE, o.c., p. 134.

4. Dans leur ouvrage *Burenhinder* (o.c., p. 142; pp. 222 et s.), S. STIJNS et H. VUYE mentionnent deux arrêts anciens de la Cour de cassation du 28 avril 1898 (*Pas.*, 1898, I, 157) et du 5 février 1914 (*Pas.*, 1914, I, 91) qui soulignent cette proximité. Dans les deux espèces, la Cour sanctionne, par le recours à l’abus du droit de propriété, des comportements qui, suite aux deux arrêts du 6 avril 1960 pourraient relever de la théorie des troubles de voisinage.

5. *Pas.*, 1995, I, 1164; *J.L.M.B.*, 1996, p. 966, note P. HENRY; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, ‘Examen’, *R.C.J.B.*, 2000, p. 350, n^o 127.

6. La décision d’appel cassée par la Cour avait interdit au voisin bruyant de jouer de la batterie, sous peine d’astreinte.

7. Voir la jurisprudence citée par N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, ‘Examen’, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 344 et s., n^{os} 125 et s. La jurisprudence commentée est généralement antérieure à l’arrêt du 14 décembre 1995 visé au texte.

8. *Pas.*, 1983, I, 472.

9. L’expression a suscité les commentaires, voire la perplexité de certains auteurs. Voir les réflexions de P.-A. FORIERS, o.c., 1994, pp. 206 et s.; I. MOREAU-MARGRÈVE, Chr. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN ‘Grands arrêts récents en matière d’obligations’, *Act. dr.*, 1997, pp. 11 et s.

En principe toutefois, si l'on suit l'enseignement de l'arrêt du 14 décembre 1995 précité, la compensation ne peut jamais aboutir à une interdiction absolue de l'exercice du droit alors qu'il est concevable que la sanction de l'abus de droit puisse *de facto* aboutir à la perte de celui-ci¹.

44. Envisagé à partir du critère de proportionnalité, l'abus de droit ressemble étrangement à la théorie des troubles (excessifs) de voisinage. Les deux institutions ont en commun de se référer au dommage causé à la victime de l'abus ou du trouble.

Dans le cas de l'abus de droit, la référence au dommage causé est gênante. Même si le critère de proportionnalité est un critère spécifique, il aboutit à introduire le dommage causé comme élément d'appréciation de l'abus fautif puisque c'est le rapport entre le dommage causé et l'avantage retiré de l'exercice du droit qui va permettre d'objectiver l'abus. Cette analyse coût-bénéfice, familière aux tenants de l'analyse économique du droit², risque, si on n'y prend garde, de mener à une pesée mathématique des avantages et des préjudices assez éloignée des critères traditionnels d'appréciation de la faute³.

Le Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH avait, dans sa note sous l'arrêt du 10 septembre 1971, perçu le problème: 'Sans doute, cette disproportion est-elle appréciée souverainement par le juge du fond, mais ne doit-on pas se demander si l'appréciation – nécessairement toute relative – de la "proportionnalité" n'introduit pas dans le critère un élément difficile à préciser? On a, au surplus, fait observer que l'étendue du dommage ne peut être un critère de l'irrégularité de cet acte'⁴.

On objectera que certaines définitions de la faute font de la prévisibilité du dommage un élément constitutif à part entière⁵. Mais la prévisibilité du dommage est, dans ce cas, envisagée *in abstracto* au regard de la capacité de discernement requise du bon père de famille normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances externes⁶. Le critère de proportionnalité fait, en revanche, référence à un dommage *réalisé* dont l'ampleur concrète est disproportionnée par rapport à l'avantage que le titulaire retire de l'exercice du droit⁷. L'appréciation de l'abus de droit, si elle ne considérait que le dommage concret causé par

1. Ainsi que le souligne J.-F. ROMAIN, 'Le principe de la convention-loi ...', *o.c.*, 2000, pp. 125 et s.

2. Les ouvrages et études sont légion. Pour une application spécifique de ce genre d'analyse au droit belge de la responsabilité civile, M. FAURE et R. VAN DEN BERGH, 'Efficienties van het foutcriterium in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht', *R.W.*, 1987-1988, pp. 1105 et s., particulièrement p. 1109 où l'exigence de prévisibilité du dommage (dont certains auteurs font un élément constitutif de la faute, voir *infra* vol. 2) est évaluée à la lumière de la formule, célèbre dans le monde anglo-américain, du juge Learned HAND. Selon la formule de HAND, l'auteur d'un préjudice doit être tenu pour responsable aussi longtemps que le coût de la prise de précaution est inférieur au coût de l'accident multiplié par la probabilité de celui-ci (c'est-à-dire au dommage attendu). Pour des exemples chiffrés, Th. KIRAT, *Economie du droit*, éd. La Découverte, 1999, p. 88. Et, bien sûr, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Aspen Publishers, 1998, pp. 180 et s.

3. Ce risque de comparaison mathématique du préjudice causé à la victime et du préjudice causé au titulaire qui ne peut exercer son droit au motif de l'abus a été souligné par P. VAN OMMESSLAGHE (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 334 et s.). Celui-ci préconise de prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce ainsi que l'ensemble du comportement du défendeur à l'action en responsabilité et non pas seulement l'ampleur du préjudice qu'il pourrait encourir (n° 15 *in fine*, p. 335). P.-A. FORIERS (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1994, p. 218) met en garde contre une approche arithmétique du problème qui paraît tenter certaine jurisprudence. Voir p. ex., Civ. Bruxelles, 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 (comparaison entre le préjudice subi suite à l'abattage d'arbres plantés à mauvaise distance et le préjudice subi, à défaut d'abattage, par les demandeurs de celui-ci); Mons, 30 oct. 1990, *R.R.D.*, 1991, pp. 134 et s. (coût de remise en état d'une chose excédant manifestement l'intérêt qu'elle représente pour son propriétaire); Civ. Nivelles, 19 oct. 1998, *Amén.*, 1999/2, p. 159 (refus de destruction de constructions illicites au motif que la destruction serait abusive puisqu'elle dépasserait de plus de trois fois le préjudice subi par le réclamant); Civ. Liège, 7 févr. 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 895 et s. (comparaison de l'économie fiscale pour un locataire avec la charge fiscale accrue pour le bailleur résultant de l'affectation professionnelle du bien loué).

4. Note W.G. sous Cass., 10 sept. 1971, *Pas.*, 1972, I, 35.

5. Voir la définition du Professeur CORNELIS citée *supra* n° 22. Pour une discussion de ce point de vue voir *infra* vol. 2.

6. Les économistes parlent dans ce cas d'une appréciation *ex ante*.

7. Les économistes parlent dans ce cas d'une évaluation *ex post*.

l'exercice du droit, entrerait en conflit avec les principes qui régissent l'appréciation de la faute civile en général. Qu'on soit partisan ou non de la technique du contrôle marginal, personne ne conteste qu'en principe la faute ne peut être induite de la survenance d'un dommage, même important. Pour apprécier si un comportement est fautif ou non, le juge doit tenter de l'évaluer au regard de l'éventail des comportements non fautifs qu'aurait pu adopter une personne normalement diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances.